

REQUÊTE DE PLEIN CONTENTIEUX

DEVANT LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE NANTES

A LA REQUÊTE DE :

La SAS HADES , Société par actions simplifiée, RCS TOULOUSE N°394785034 dont le siège social est 9, Rue Vidailhan à BALMA (31130) agissant poursuites et diligences de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège ;

Ayant pour avocat, **Maître Jérôme MARFAING-DIDIER**, Avocat du cabinet **DECKER & Associés**, Avocat au Barreau de Toulouse, demeurant 14, rue Alexandre Fourtanier - BP 7124 31071 TOULOUSE CEDEX 7 Tél. 05 61 21 96 84 - Fax 05 61 23 35 81

CONTRE

La Société d'Economie Mixte VENDEE EXPANSION, RCS 546650169 dont le siège sociale est 33 rue de l'Atlantique 85000 LA ROCHE SUR YON

Décision attaquée : le marché public de fouilles archéologiques préventives signé entre la société VENDEE EXPANSION et l'INRAP pour l'opération 5894 Vendéopole Pays de Pouzauges – Montifaut 7

PLAISE AU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

EXPOSE DES FAITS

La Société d'Economie Mixte VENDEE EXPANSION a fait appel public à la concurrence en vue de l'attribution d'un marché de fouilles archéologiques préventives pour l'opération 5894 Vendéopole Pays de Pouzaugues – Montifaut 7.

La SOCIETE HADES requérante a fait acte de candidature (pièce 1).

Par un courrier du 26 mars 2015, adressé par fax le 27, la société VENDEE EXPANSION indiquait à la société requérante que son offre n'était pas retenue pour le marché objet car son offre n'avait pas été jugée économiquement la plus avantageuse au regard des critères mentionnés dans le règlement de la consultation (pièce 2).

Le courrier mentionne que l'INRAP est retenu pour un montant HT de 265.145,99 € soit un prix inférieur de près de 2/3 à celui de HADES (pièce 3).

Depuis lors et par un courrier du 6 mai 2015 la SAS HADES a réclamé à la SEM VENDEE EXPANSION le marché notifié ainsi que l'ensemble des éléments communicables aux candidats non retenus, soit les éléments suivants :

- L'acte d'Engagement de l'attributaire et ses annexes (marché signé);
- L'offre intégrale de l'attributaire incluant la lettre de candidature, les déclarations du candidat, les certificats reçus, la décomposition des prix globaux et forfaitaires, les prix unitaires et le mémoire technique,
- Le rapport d'analyse des offres incluant notes, rangs de classement et appréciations portées sur les capacités techniques;
- Les éléments de notation et de classement

Il n'a pas été répondu à ce courrier, de sorte que, pour l'instant, la SAS HADES :

- Ne dispose pas du marché signé avec le lauréat
- Ne connaît pas la date de ce marché,

De fait, la SAS HADES est pour l'instant dans l'incapacité de produire le marché attaqué, ce qu'elle fera par un mémoire dans les prochains jours, une fois que la Société VENDEE EXPANSION lui aura répondu.

Nonobstant, ce marché est incontestablement entaché d'illégalité et sera annulé par le Tribunal administratif pour les motifs de fait et de droit qui suivent.

DISCUSSION

A – SUR LA RECEVABILITE DU RECOURS

La Société HADES, candidat évincé, est recevable et fondée à former, devant le Juge du contrat, un recours de pleine juridiction contestant la validité du marché signé entre la société VENDEE EXPANSION et l'INRAP.

En application de la jurisprudence Société Tropic Travaux Signalisation du Conseil d'état :

« 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 ;

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 ; que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ;

(Conseil d'état, 16 juillet 2007, n°291545)

Le Conseil d'état a récemment étendu la possibilité pour les tiers de contester un contrat (**Conseil d'état, Département du Tarn et Garonne, 4 avril 2014, n° 358994**).

En l'espèce, la société HADES concurrent évincé, est donc parfaitement recevable à contester la validité du marché public en litige.

B - SUR L'IMPOSSIBILITE DE PRODUIRE LA DECISION ATTAQUETTE AU STADE DE LA REQUETE INTRODUCTIVE

Conformément à l'article R412-1 du Code de justice administrative, « *La requête doit, à peine d'irrecevabilité, être accompagnée, sauf impossibilité justifiée, de la décision attaquée ou, dans le cas mentionné à l'article R. 421-2, de la pièce justifiant de la date de dépôt de la réclamation.* »

En l'espèce, la SAS HADES est dans l'impossibilité justifiée au stade de la requête introductive d'instance, de produire la décision attaquée.

Elle justifie de l'envoi de son courrier à la société VENDEE EXPANSION lui réclamant les éléments du marché (pièce 3).

La société HADES produira ces éléments avec un mémoire complémentaire dès qu'ils seront en sa possession.

La présente requête est donc recevable.

C - L'ILLEGALITE DU MARCHE

1°/ LES MOYENS D'ILLEGALITE EXTERNE

La SAS HADES demande l'annulation du marché public de fouilles archéologiques préventive en litige pour les moyens d'illégalité externe qui seront développés dans un mémoire ultérieur.

Ces moyens tiendront notamment à la capacité, l'intérêt à agir, la délégation de signature des signataires de l'acte d'engagement, que ce soit du côté de VENDEE EXPANSION ou du côté de l'INRAP les autorisant à signer le marché.

2°/ LES MOYENS D'ILLEGALITE INTERNE

La SAS HADES demande l'annulation du marché public de fouilles archéologiques préventive en litige pour les moyens d'illégalité interne qui seront développés dans un mémoire ultérieur.

Il sera démontré l'illégalité du marché au regard :

- Du caractère anormalement bas de l'offre de l'INRAP en violation de l'article 55 du Code des marchés publics, l'offre étant inférieure de 2/3 tiers à celle de la requérante
- Du caractère irrégulier de l'offre de l'INRAP en violation de l'article 35 et 53III du CMP
- De l'erreur manifeste d'appréciation de la société VENDEE EXPANSION par mauvaise application en fait et en droit des critères pondérés du règlement de la consultation
- De la connaissance du marché en amont par l'INRAP au terme de sa mission de diagnostic lui donnant une position favorable faussant le jeu de la concurrence,

- Mais d'ores et déjà, de la violation de l'article 1^{er} du Code des marchés publics au regard de la violation de l'égalité des candidats et de la libre concurrence, selon les moyens suivants.

La société HADES soulève l'illégalité du marché au regard de la violation de l'article 1^{er} du Code des marchés publics, l'attribution d'un marché à l'INRAP, entité publique subventionnée, constituant par définition une atteinte à l'égalité des candidats et à libre la concurrence entre les différents candidats.

L'article 1^{er} II du Code des marchés publics dispose :

« II. 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. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code. »

Si par principe, une personne publique peut se porter candidate à un marché public le Conseil d'Etat estime en revanche que **« pour que soient respectés les exigences tant de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement public administratif suppose d'une part, que le prix proposé par cet établissement public soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part que cet établissement public n'ait pas bénéficié pour déterminer les prix qu'il a proposé d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de la mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié »**. (CE sect. Avis 8 nov. 2000, CAA BORDEAUX 5 nov. 2010 SIERS et Cne de Bussière Dunoise)

La doctrine administrative la plus récente recommande ainsi aux personnes publiques qui font acte de candidature à des marchés publics de recourir à une comptabilité séparée permettant d'identifier les moyens mobilisés pour leur activité concurrentielle et les comptabiliser à leur coût réel (Rep. Min. n°21011 JO Sénat 1^{er} juin 2006).

L'Institut national de recherches archéologiques préventives, INRAP est un établissement public administratif.

Il a été créé par la Loi du 17 janvier 2001 ayant consacré l'archéologie préventive au rang de politique publique. Etais confié à l'INRAP à titre exclusif et monopolistique la responsabilité de réaliser des opérations de diagnostic et de fouilles prescrits par les services de l'Etat.

L'INRAP est doté d'un budget de fonctionnement d'environ 170 Millions d'Euros dont une large partie provient de la perception de la redevance d'archéologie préventive (RAP)

Comme en dispose en effet l'article L524-1 du Code du patrimoine *« Le financement de l'établissement public mentionné à l'article L. 523-1 est assuré notamment :*

- a) Par la redevance d'archéologie préventive prévue à l'article L. 524-2 ;*
- b) Par les subventions de l'Etat ou de toute autre personne publique ou privée ;*
- c) Par les rémunérations qu'il perçoit en contrepartie des opérations de fouilles qu'il réalise. »*

Les agents de l'INRAP ont le statut de fonctionnaires et l'institut emploie plus de 2000 agents.

En 2003 les activités de fouille ont été ouvertes à la concurrence (loi du 1^{er} août 2003), permettant à une 20aine d'entreprises spécialisées comme la société HADES requérante d'émerger. Le secteur emploie environ 500 personnes sur le territoire national.

L'INRAP reste en situation de monopole en ce qui concerne les diagnostics en amont, relevant de missions de service public.

En revanche en venant concourir dans les procédures de marché publics de fouilles, l'Institut, qui bénéficie des recettes fiscales de l'Etat, crée une atteinte à l'égalité de traitement des candidats et à la libre concurrence.

En effet il est manifeste :

- Que l'INRAP n'est pas soumis aux règles de comptabilité du secteur privé dans la mesure où, établissement public administratif, il n'est pas soumis aux différentes charges de fiscalité directe (TVA, Impôt sur les sociétés, etc)
- Que l'INRAP bénéficie de recettes fiscales qui entrent pour une large part dans son budget de fonctionnement et qu'il est donc soumis à des règles économiques totalement différentes des opérateurs privés,
- Qu'émanation de l'Etat, l'INRAP n'est pas soumis à la notion de faillite en cas de comptes non équilibrés comme le sont les opérateurs du secteur privé.

La Cour des comptes a été amenée à contrôler les comptes et la gestion de l'INRAP concernant les exercices 2002 à 2011 (pièce 4).

Dans son rapport, remis le 6 juin 2013 à Mme FILIPETTI, Ministre de la Culture de la communication et à Mme FIORASO, ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche, double autorité de tutelle de l'INRAP, la Cour des comptes point du doigt :

- Que de 2002 à 2011 l'INRAP a bénéficié du « *versement récurrent de subventions exceptionnelles d'équilibre et de mesures ponctuelles de reconstitution du fonds de roulement pour un montant cumulé de 175 millions d'Euros* » p. 3/7
- Que le niveau de la RAP (qui finance l'INRAP) s'élève à 122 millions d'Euros
- Que l'INRAP « *dispose d'importantes marges de productivité pour desserrer la contrainte financière qui pèse sur lui. Leur mobilisation suppose d'abord le déploiement d'un système d'information permettant notamment d'établir une véritable comptabilité analytique des coûts au niveau de chaque opération. La méthode actuelle n'assure pas en effet la valorisation fiable des frais de personnel par opération. Le ilotage de l'établissement et le cadrage précis de ses besoins s'en trouveraient grandement facilités* »

La Cour des comptes en finit en mettant en évidence

- que « *la révision du régime du temps de travail des agents s'impose également, le dispositif actuel conduisant à une présence effective sur site trop faible et entraînant d'importants surcoûts en terme de récupération.* »,
- que « *les conditions de prise en charge des frais de déplacement doivent être modifiées pour maîtriser le coût global* »
- et qu'enfin « *la rémunération du président de l'établissement apparaît hautement contestable en l'absence de fonctions exécutives exercées par celui-ci* »

C'est donc un rapport pour le moins accablant démontrant de manière non contestable que la candidatures de l'INRAP à un marché public ne peut manifestement s'inscrire dans l'égalité de traitement et la libre concurrence dès lors que :

- contrairement aux candidats relevant de la comptabilité privée, l'INRAP peut générer des déficits qui seront renfloués par telles ou telles « subventions d'équilibre » là où les opérateurs privés ne peuvent manifestement en bénéficier,
- l'INRAP n'est donc pas soumis aux notions de cout d'équilibre, de marge, de cout de revient contrairement aux opérateurs privés, ce qui ne le met pas à égalité des autres candidats dans les procédures de passation,
- que l'INRAP peut se permettre de rémunérer un président qui n'assume pas de fonctions exécutives, ce qui atteste encore d'une absence totale de contrôle sur les comptes de l'Institut, et donc d'une concurrence manifestement déloyale face aux opérateurs privés,
- **enfin et surtout** contrairement à ce qu'exige le Conseil d'Etat pour respect de l'égal accès aux marchés publics et du principe de liberté de la concurrence :
 - o la condition n°1 selon laquelle le prix proposé par l'établissement public doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des couts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat n'est pas respectée,
 - **En effet**, comme le relève la Cour des comptes, l'INRAP ne dispose pas d'un système d'information lui permettant d'établir une véritable comptabilité analytique des couts au niveau de chaque opération et « *la méthode actuelle n'assure la valorisation fiable des frais de personnel par opération.* »
 - o La condition n°2 selon laquelle l'établissement public ne doit pas avoir bénéficié pour déterminer les prix qu'il a proposé d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de la mission de service public n'est pas respectée non plus,
 - **En effet**, le rapport de la Cour des comptes montre que les missions de service public et l'activité de fouilles de l'INRAP ne sont pas isolées et que les recettes fiscales et recettes d'équilibre sont versées à l'Institut sans discernement des activités qu'elles viennent subventionner, et que par conséquent l'INRAP a bénéficié d'avantages découlant de versements d'argent public pour proposer son prix, inférieur de 2/3 à celui de HADES.
 - o et enfin la condition n°3 selon laquelle l'opérateur doit pouvoir, si nécessaire, justifier des deux premières par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié n'est manifestement pas respectée non plus..

Dès lors le marché attribué à l'INRAP par la société VENDEE EXPANSION est en violation de l'article 1^{er} du Code des marchés publics et des règles de liberté de la concurrence des articles L410-1 et suivants du Code de commerce.

Le marché sera par conséquent annulé.

PAR CES MOTIFS ET TOUS AUTRES A AJOUTER, DEDUIRE OU SUPPLEER AU BESOIN D'OFFICE

Vu les articles 1, 35, 53 du Code des marchés publics

Voir annuler le marché public de fouilles archéologiques préventives signé entre la société VENDEE EXPANSION et l'INRAP pour l'opération 5894 Vendéopole Pays de Pouzaugues – Montifaut 7

Subsidiairement, en prononcer la résiliation,

Vu l'article L761.1 du CJA

Voir condamner la Société VENDEE EXPANSION au paiement d'une somme de 3.000 €.

Fait à Toulouse, le 27 mai 2015
J. MARFAING-DIDIER

PIECES JOINTES

1. Offre de la société HADES
2. Courrier VENDEE EXPANSION du 26 mars 2015 adressé le 27
3. Courrier de HADES du 6 mai 2015
4. Rapport de la Cour des comptes du 6 juin 2013