

Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies Séance du 12 octobre 2009 Lecture du 16 novembre 2009

Nos 328826,328974 MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTÉGRATION, DE L'IDENTITÉ NATIONALE ET DU DÉVELOPPEMENT SOLIDAIRE - ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT

Vu, 1°), sous le n° 328826, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés le 12 juin et le 29 juin 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE ; le MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 30 mai 2009 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la Cimade, de l'association des avocats pour la défense du droit des étrangers (ADDE), du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et de l'association des avocats membres du réseau Elena France, suspendu l'exécution du marché signé avec plusieurs associations pour la mise en œuvre des dispositions de l'article R. 553-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, pris en application de l'article L. 553-6 du même code ;

2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, de rejeter les demandes de suspension présentées au tribunal administratif de Paris ;

3°) de mettre à la charge de la Cimade une somme de 6 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu 2°), sous le n° 328974, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés le 17 juin et le 6 juillet 2009 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT, dont le siège est 10 rue de Bizerte à Paris (75017) ; par lequel l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 30 mai 2009 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la Cimade, de l'association des avocats pour la défense du droit des étrangers (ADDE), du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et de l'association des avocats membres du réseau Elena France, suspendu l'exécution du marché signé avec plusieurs associations pour la mise en œuvre des dispositions de l'article R. 553-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile pris en application de l'article L. 553-6 du même code ;

2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, de rejeter les demandes de suspension présentées au tribunal administratif de Paris ;

3°) de mettre à la charge de la Cimade, de l'association des avocats membres du réseau Elena France et du GISTI la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, présentée pour la Cimade, enregistrée le 12 octobre 2009 dans les affaires 328826 et 328974 ;

Vu la note en délibéré, présentée pour le GISTI, enregistrée le 13 octobre 2009, dans les affaires 328826 et 328974 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Dominique Laurent, Conseiller d'Etat,

- les observations de la SCP Peignot, Garreau, avocat du MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE, de la SCP Gaschignard, avocat de l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT, de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin, avocat de la Cimade et de la SCP Roger, Sevaux, avocat du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI),

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Peignot, Garreau, avocat du MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE, à la SCP Gaschignard, avocat de l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT, à la SCP Masse-Dessen, Thouvenin, avocat de la Cimade et à la SCP Roger, Sevaux, avocat du Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) ;

Considérant que les pourvois du MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE et de l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence, publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 18 décembre 2008 et au Journal officiel de l'Union européenne le 19 décembre 2008, le ministre chargé de l'immigration a engagé une procédure d'attribution d'un marché divisé en huit lots ayant pour objet la fourniture de prestations au bénéfice des étrangers maintenus en rétention, en application des dispositions des articles L. 553-6 et R. 553-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; que se sont portées candidates à l'attribution des 8 lots les associations Ordre de Malte France, Forum des Réfugiés, COLLECTIF RESPECT, France Terre d'Asile, ASSFAM et Cimade ; que les lots n° 1, n° 4 et n° 6 ont été attribués à la Cimade, le lot n° 2 à l'Ordre de Malte France, le lot n° 3 à l'association Forum des Réfugiés, le lot n° 5 à COLLECTIF RESPECT, le lot n° 7 à France Terre d'asile et le lot n° 8 à l'ASSFAM ; que les marchés correspondants à ces lots ont été signés le 10 mai 2009 ; que la Cimade, d'une part, l'association des avocats pour la défense du droit des étrangers (ADDE), l'association Elena France et le Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), d'autre part, ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution de ces marchés ; que par une ordonnance en date du 30 mai 2009, le juge des référés de ce tribunal a fait droit à ces demandes ; que, sous le n° 328826, le MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE et, sous le n° 328974, l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT, se pourvoient en cassation contre cette ordonnance ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois ;

Considérant qu'aux termes de l'article R. 741-2 du code de justice administrative : « La décision mentionne que l'audience a été publique » ; que l'ordonnance attaquée du tribunal administratif de Paris ne comporte pas la mention que l'audience a été publique ; qu'en l'absence de tout élément au dossier permettant d'estimer qu'elle l'a effectivement été, la Cimade et le GISTI se bornant à soutenir qu'il ne ressortirait pas du dossier et notamment du procès-verbal de l'audience que tel n'aurait pas été le cas, la procédure n'a pas été régulière ; qu'il y a lieu par suite d'annuler cette ordonnance ;

Considérant qu'il y a lieu de régler l'affaire au titre des procédures de référés engagées, d'une part, par la Cimade, d'autre part, par l'ADDE, l'association Elena France et le GISTI ;

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 ;

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 indemnisations 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 ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. /Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision » ;

Sur la demande présentée par les associations ADDE, Elena France et GISTI :

Considérant que les associations ADDE, Elena France et GISTI, qui n'ont été candidates à l'attribution d'aucun des lots ayant fait l'objet de l'appel d'offre ayant conduit à la signature des marchés litigieux et qui n'apportent aucun élément justifiant qu'elles auraient pu être candidates, ne sauraient être regardées comme des concurrents évincés de l'attribution de ces marchés ; que par suite, ainsi que le soutiennent le MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE et l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT, leur demande est irrecevable et doit être rejetée pour ce motif ;

Sur la demande présentée par la Cimade :

Considérant que la demande de suspension formée par la Cimade sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative était accompagnée d'une copie de la requête au fond ; qu'ainsi la fin de non recevoir opposée par le MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE, tirée de ce que, faute de la production d'une requête au fond, les conclusions à fins de suspension présentées par la Cimade seraient irrecevables, ne peut qu'être écartée ;

Considérant cependant que la Cimade, titulaire des lots n° 1, 4 et 6, et qui a signé les marchés correspondants, n'est pas recevable, s'agissant de ces trois lots, à exercer devant le juge du contrat l'action ouverte aux concurrents évincés ; que par suite ses conclusions à fins de suspension doivent être rejetées, en tant qu'elles portent sur ces trois lots ;

En ce qui concerne le lot n° 5 attribué à l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 553-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile : « Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités selon lesquelles les étrangers maintenus en rétention bénéficient d'actions d'accueil, d'information et de soutien, pour permettre l'exercice effectif de leurs droits et préparer leur départ. » ; qu'aux termes de l'article R. 553-14 du même code : « Pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus dans un centre de rétention administrative, le ministre chargé de l'immigration conclut une convention avec une ou plusieurs personnes morales ayant pour mission d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits. A cette fin, la personne morale assure, dans chaque centre dans lequel elle est chargée d'intervenir, des prestations d'information, par l'organisation de permanences et la mise à disposition de documentation. Ces prestations sont assurées par une seule personne morale par centre. Les étrangers retenus en bénéficient sans formalité dans les conditions prévues par le règlement intérieur » ; qu'il résulte de ces dispositions que la convention passée entre le ministre chargé de l'immigration et la ou les personnes morales sélectionnées doit porter non seulement sur l'information mais aussi sur l'accueil et le soutien des étrangers, pour permettre l'exercice effectif de leurs droits, et que l'Etat ne peut conclure une telle convention qu'avec des personnes morales présentant des garanties d'indépendance et de compétences suffisantes, notamment sur le plan juridique et social, pour assurer le bon accomplissement des missions d'accueil, de soutien et d'information prévues par la loi ;

Considérant, en premier lieu, que la Cimade soutient que le marché passé avec l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT ne porterait que sur des prestations d'information, et ne serait donc pas conforme aux dispositions précitées ; que si l'absence de conformité à ces dispositions de l'avis d'appel public à concurrence et du règlement de la consultation ne peut à elle seule être utilement contestée à cet égard, dès lors que c'est la conformité des pièces contractuelles elles-mêmes qui doit être examinée, ce moyen apparaît, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux quant à la validité du contrat, dès lors que ni les stipulations

du cahier des clauses administratives générales, ni celles du cahier des clauses techniques particulières, ni l'offre technique de l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT, qui, en vertu de l'article 4 du cahier des clauses administratives particulières, est une pièce du marché, ne font apparaître que les prestations prévues porteraient également sur l'accueil et le soutien des étrangers ;

Considérant, en second lieu, qu'il résulte de l'instruction que l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT, qui n'a pu faire valoir au soutien de sa candidature que deux missions de caractère ponctuel effectuées dans le domaine considéré, n'emploie aucun salarié et ne dispose que de moyens financiers et matériels très limités ; que par suite le moyen tiré de ce qu'elle ne justifie pas des capacités techniques, professionnelles et financières lui permettant d'exécuter le marché et qu'elle ne présente donc pas les garanties d'indépendance et de compétences nécessaires à la mise en œuvre des dispositions des articles L. 553-6 et R. 553-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile apparaît également, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux quant à la validité du contrat ;

Considérant que l'exécution du marché litigieux ne permettrait pas de garantir que les étrangers en rétention seront en mesure d'assurer l'exercice effectif de leurs droits par une aide et un soutien juridique spécifiques, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 553-6 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; que si le ministre fait valoir que la continuité du service public serait affectée par une suspension du marché, il lui est possible, dans les circonstances de l'espèce, pour assurer cette continuité, et pour remplir l'objectif fixé par le législateur de soutien aux étrangers en rétention, et ainsi qu'il l'a déjà fait à la suite de la suspension prononcée par le juge des référés du tribunal administratif de Paris, de conclure avec l'actuel prestataire un avenant à la convention qui les lie afin d'en prolonger les effets ; qu'ainsi, eu égard à la nature particulière des prestations du marché, qui concernent des personnes privées de liberté, la condition tenant à l'urgence doit être regardée comme remplie ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la Cimade est fondée à demander la suspension de l'exécution du marché relatif au lot n° 5 ;

En ce qui concerne les lots n° 2, n° 3, n° 7 et n° 8 attribués respectivement à l'Ordre de Malte France, au Forum des Réfugiés, à France Terre d'Asile et à l'ASSFAM :

Considérant que le moyen tiré de l'absence de conformité des marchés avec les dispositions précitées des articles L. 553-6 et R. 553-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers du droit d'asile, n'est pas, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité de ces marchés, dès lors que les offres techniques font apparaître que les prestations prévues porteront non seulement sur l'information des étrangers, mais également sur l'accueil et le soutien ; qu'il en est de même des moyens tirés de l'impossibilité d'identifier le signataire du lot n° 2, de ce que la signature des marchés serait intervenue avant que le juge du référé précontractuel n'ait pu statuer sur les conclusions dont il était saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de ce que l'administration aurait refusé de communiquer des documents et notamment le rapport d'analyse des offres, de l'irrégularité de la mise en concurrence des candidats en raison de l'ambiguïté des documents d'appel d'offres en ce qui concerne la nature des prestations attendues d'eux, de l'illégalité de l'allotissement du marché, de l'absence de garanties d'indépendance offertes par les candidatures retenues, de l'absence de mention dans l'appel d'offres de ce critère de sélection, de l'existence d'un critère obscur et ambigu de « compréhension des enjeux et engagement de service », du caractère insatisfaisant de la pondération des critères de sélection des offres, du caractère inapproprié des éléments d'appréciation de la qualité technique des offres, du caractère flou et trop fortement pondéré du critère relatif à l'expérience dans le domaine humanitaire, de l'absence de pertinence du critère du prix en l'absence de décomposition du prix en sous éléments, d'irrégularités entachant l'avis d'appel d'offres, la rubrique relative au pouvoir adjudicateur n'étant pas renseignée, les conditions d'ouverture des plis n'étant pas précisées, les mentions sur les voies de recours étant contradictoires et l'avis d'appel d'offres se bornant à renvoyer au cahier des charges la définition des critères de sélection, de l'erreur manifeste d'appréciation entachant le rejet de l'offre de la Cimade pour les lots n° 5 et n° 8, de la rupture d'égalité entachant l'attribution du lot n° 8, de ce que la candidature de l'ASSFAM, bénéficiaire d'une subvention de l'Etat, aurait dû être écartée comme constitutive de concurrence déloyale, de la violation de la liberté d'accès à la commande publique en raison des restrictions apportées aux possibilités de présenter des candidatures en groupement, de la méconnaissance du I de l'article 52 du code des marchés publics qui définit les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats de compléter les dossiers incomplets, de l'insuffisance des compétences de l'Ordre de Malte France, de France Terre d'asile et de l'association Forum des Réfugiés ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la Cimade tendant à ce que soit ordonnée la suspension des marchés correspondant aux lots n° 2, n° 3, n° 7 et n° 8 doivent être rejetées ;

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

Considérant qu'il n'y a pas 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 faire droit aux conclusions présentées à ce titre par la Cimade, le GISTI, l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT et l'Etat ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris en date du 30 mai 2009 est annulée.

Article 2 : L'exécution du lot n° 5 du marché signé le 10 mai 2009 par le MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE et l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT est suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande à fin d'annulation présentée par la Cimade.

Article 3 : Les conclusions à fin de suspension présentées par l'association des avocats pour la défense du droit des étrangers (ADDE), l'association Elena France et le Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI) et le surplus des conclusions de la demande de la Cimade sont rejetés.

Article 4 : Les conclusions de la Cimade, du GISTI, de l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT et du MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au MINISTRE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE, à l'ASSOCIATION COLLECTIF RESPECT, à la Cimade, à l'association des avocats pour la défense du droit des étrangers, à l'association Elena France, au Groupe d'information et de soutien des immigrés, à l'Ordre de Malte France, à l'association Forum des Réfugiés, à l'association France Terre d'asile et à l'ASSFAM.