

Cabinet Olivier COUDRAY

Avocats à la Cour

13, rue du Quatre Septembre - 75002 PARIS

Tél. 01.42.84.99.87 - Fax. 01.42.84.99.93

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE PARIS

**REFERE-PRECONTRACTUEL
(L.551-1)**

POUR :

La CIMADE, dont le siège est sis 64 rue CLISSON à 75013 PARIS, agissant poursuites et diligences de ses représentants statutaires dûment habilités

CONTRE :

La procédure initiée par l'Etat en vue de la passation du marché n° 2008-12-CRA "*relatif à 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 pour l'application des dispositions de l'article L. 553-6 de ce Code*" dont l'avis de marché a été publié le 19 décembre 2008 dans le BOAMP 246 B, Dép. 75.

(Ministère de l'immigration 101 rue de Grenelle 75323 PARIS CEDEX 07)

* *

*

- FAITS -

I. - Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 19 décembre 2008 dans le BOAMP 246 B, Dép. 75 (PROD.1), le Ministère de l'immigration a lancé une procédure pour la passation d'un marché, n° 2008-12-CRA, "*relatif à 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 pour l'application des dispositions de l'article L. 553-6 de ce Code*".

La CIMADE, exposante, a remis des offres pour chacun des 8 lots, le 10 février 2009.

Par courriers datés du 8 avril 2009 (PROD.3), le Ministère de l'immigration a toutefois indiqué à la CIMADE que ses offres pour les lots 2, 3, 5, 7 et 8 n'avaient pas été retenues.

Plusieurs irrégularités ayant toutefois affecté les règles de publicité et de mise en concurrence, la CIMADE entend saisir le Tribunal de céans, sur le fondement de l'article L.551-1 du Code de justice administrative, en vue de l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation.

*

* *

- DISCUSSION -

II. - S'agissant, d'abord, de la **recevabilité** de la requête, il suffira ici de constater que la CIMADE s'est portée candidate et a remis une offre pour l'attribution de chacun des lots du marché qui est ici en litige.

Ayant intérêt à conclure ces contrats, la CIMADE a ainsi intérêt à agir alors que par ailleurs les contrats dont la passation est en cours n'ont pas encore été conclus.

III. - Or, irrégulière, la procédure l'est à plusieurs titres et l'irrégularité tient d'abord à **l'objet même du marché**.

1. - L'article 5 du Code des marchés publics dispose que :

"La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence (...). Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins."

2. - Il faut par ailleurs rappeler qu'ici l'objet de la prestation prévue par le marché est (c'est l'intitulé même du marché) de répondre aux dispositions de l'article R.553-14 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, texte dont il convient de souligner qu'il dispose que :

"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".

Cet exercice effectif des droits des retenus constitue ainsi une modalité d'application du droit à un recours effectif devant une juridiction, droit à valeur constitutionnelle (Cons. Const. 9 avril 1996, n° 96-373 DC, AJDA 1996. 371, note O. Schrameck).

Le juge administratif prévoit en outre que la mise en œuvre de ce droit à valeur constitutionnelle implique que celui-ci puisse être exercé par tous sans discrimination financière, l'aide juridictionnelle ayant pour vocation de rendre effectif un tel droit (C.E. 10 janvier 2001 COREN, p. 5).

Dans le cas des étrangers retenus, la mise en place de l'assistance judiciaire prévue à l'article R. 553-14 du CESEDA doit donc justement permettre, là où l'aide juridictionnelle n'existe pas, l'accès de tous les étrangers à un recours effectif (note J-D DREYFUS, sous T.A. Paris 30 octobre 2008, n° 08.16312, AJDA 2009, p. 163).

3. - Or le constat est que, justement, l'objet du marché tel qu'il est défini notamment dans le Règlement de la consultation de la procédure litigieuse n'est pas conforme aux exigences qui, issues de l'article R. 553-14 du CESEDA, viennent d'être rappelées.

Selon le règlement de la consultation, "*les prestations concernées sont des prestations d'information, par l'organisation de permanences et la mise à disposition de documentation*" (p. 3 du règlement).

Ces dispositions ne permettent cependant en aucune manière de garantir le droit d'un étranger retenu à un recours *effectif* devant une juridiction, car le besoin des étrangers retenus - en termes d'assistance juridique - ne peut en aucun cas être satisfait par de simples informations et la seule mise à disposition de documentation (serait-elle pertinente et détaillée, d'ailleurs...).

- Outre les informations générales qui sont indispensables à ces retenus sur leur situation et les différentes options, notamment procédurales, à leur disposition, ces derniers doivent avant tout avoir la possibilité d'exercer, dans de très brefs délais, un recours administratif contentieux contre la mesure décidant de leur placement en rétention.

Dans une très grande majorité des cas il s'agit d'un arrêté de reconduite à la frontière, qui ne peut être contesté que dans un délai de 48 heures calculé d'heure à heure (L. 512-2 du CESEDA).

Dans cette hypothèse très fréquente en rétention, l'exercice des droits suppose donc la saisine de la juridiction administrative dans un délai très bref, soit la rédaction et l'envoi d'une requête en excès de pouvoir contre l'arrêté préfectoral. Un tel recours ne peut être rédigé efficacement, dans une période de temps aussi brève, que par un juriste spécialisé dans la matière du droit des étrangers et maîtrisant la technique du contentieux administratif.

Un étranger retenu, qui souvent maîtrise mal le français à l'oral et à l'écrit et surtout qui n'est pas juriste, ne pourra en aucun cas rédiger un tel recours.

Il est tout à fait vain de prétendre que le simple fait de l'informer oralement et de mettre de la documentation à sa disposition lui permettra d'exercer un tel recours.

- En outre, cet accès à l'effectivité des droits suppose la préparation active en vue de l'audience devant le juge des libertés et de la détention, qui seul peut prolonger le placement en rétention une fois un premier délai de 48 heures écoulé (article L.552-1 du CESEDA).

Dans cette optique également la personne morale présente en rétention a un rôle actif à jouer, lequel concerne tant la réunion des différents éléments permettant de présenter des garanties de représentation (notamment en contactant la famille et en faisant en sorte de réunir les pièces nécessaires) que par des observations qu'elle pourra rédiger et transmettre à l'avocat de permanence sur les conditions du placement en rétention, lesquelles pourront éventuellement être utilisées au vue de soulever des nullités de procédure.

Là encore, il apparaît tout à fait évident que la simple mise à disposition de documentation, serait-elle la plus complète possible, ne permettra pas au retenu de préparer seul efficacement cette audience.

4. - Concrètement, l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers retenus - exigence de l'article R.553-14 du CESEDA, qui précise encore que la personne morale sélectionnée doit les "*aider à exercer leurs droits*" - n'est donc aucunement garanti par l'objet du marché tel qu'il a été exposé dans le règlement de la consultation.

Il en résulte que l'appel d'offre tel qu'il a été conçu ne permet pas de répondre aux besoins fixés par la réglementation, ce qui est en soit de nature à avoir exercé une influence directe sur la régularité de la mise en concurrence (C.E. 4 février 2009, Sté CBS Outdoor, req. n° 311.344 - B).

En conséquence, l'autorité adjudicatrice ne peut être considérée comme ayant satisfait à ses obligations de mise en concurrence, ce qui a directement nuit aux candidats qui n'ont pu savoir si la prestation attendue devait ou non comprendre des prestations d'assistance.

IV. - A par ailleurs également affecté la concurrence le fait que le **marché** a été **alloti**.

L'organisation exposante n'ignore certes pas que, en principe, l'allotissement doit au contraire être normalement recherché.

Mais c'est faire ici abstraction des particularités de la mission devant être confiée, mission qui, compte tenu de sa nature même, nécessite une organisation et une coordination au niveau national (comme c'était d'ailleurs antérieurement le cas).

En procédant ici à un allotissement finalement incompatible avec la nature des prestations prévues par le marché, le pouvoir adjudicateur a de nouveau fait obstacle au libre jeu de la concurrence.

V. - L'irrégularité de la procédure suivie résulte ensuite encore des différentes **irrégularités entachant l'avis d'appel public à la concurrence.**

1. - Plusieurs omissions et ambiguïtés doivent d'abord être soulignées.

On constate ainsi que n'est pas utilement renseignée la rubrique I.2 relative au pouvoir adjudicateur.

On constate également qu'il n'y a aucune précision sur les conditions d'ouverture des offres (date et lieu de la réunion de la CAO ; rubrique IV.3.8)

On constate enfin que l'APC et le règlement de la consultation ne comportent pas les mêmes mentions s'agissant des voies de recours et que le règlement lui-même est imprécis sur les différents recours susceptibles d'être initiés.

2. - Mais le plus important est incontestablement que l'avis est irrégulier faute de caractériser précisément les critères d'attribution (rubr. IV.2.1 de l'APC), le simple renvoi à un document annexe (s'agirait-il du cahier des charges) ne suffisant pas à satisfaire à l'exigence d'une publicité pertinente.

VI. - Enfin, les **critères retenus** par le pouvoir adjudicateur pour le jugement des offres ne peuvent être considérés comme ayant permis une mise en concurrence satisfaisante.

1. - D'abord parce que la nature même du marché concerné suppose tout d'abord que la personne morale sélectionnée soit en mesure de garder une *totale indépendance* vis-à-vis de l'autorité adjudicatrice dans l'exercice des fonctions qui lui seront attribuées.

Il s'agit en effet pour cette personne morale de fournir une assistance juridique à un étranger retenu, soit à le conseiller et l'assister dans le cadre de recours intenté contre le Ministère de l'immigration ou des administrations qui en dépendent (notamment l'autorité préfectorale), et donc contre décisions du pouvoir adjudicateur lui-même.

La personne morale ainsi sélectionnée se retrouvera donc dans une situation très particulière et quelque peu paradoxale car elle sera missionnée par une personne publique afin d'assurer la défense de justiciables précisément contre cette personne publique.

Or, pour mener cette mission consistant à garantir le droit constitutionnel des retenus à un recours effectif devant une juridiction, dans des conditions satisfaisantes et prévenir tout conflit d'intérêt, il est absolument indispensable que cette personne morale conserve toute indépendance dans cet exercice.

Une telle indépendance dépend non seulement de l'organisation interne au marché, mais également de nombreux paramètres extérieurs tenant notamment aux conditions de fonctionnement de la personne morale, des fonctions qu'elle peut exercer par ailleurs dans d'autres circonstances et de ses relations à cette occasion avec l'autorité adjudicatrice.

Au regard de ces éléments, il apparaissait donc tout à fait indispensable que figure au nombre des critères de sélection des offres du marché litigieux, la garantie de l'indépendance du candidat pour l'exercice de la mission d'assistance juridique. Celle-ci aurait notamment pu être établie au regard d'un dossier comportant le détail de l'ensemble des missions par ailleurs exercées par le candidat et de leur financement, ainsi que des liens qu'elle peut avoir par ailleurs avec le pouvoir adjudicateur.

Aucun critère de ce type n'ayant été inclus dans le règlement de la consultation, la réelle valeur technique des candidats ne peut être évaluée correctement par l'autorité adjudicatrice.

L'autorité adjudicatrice a donc méconnu des obligations de mise en concurrence.

2. - Il faut ensuite souligner que le deuxième critère de jugement des offres prévu au règlement de consultation, et tiré de la "*compréhension des enjeux et engagements de service*" est pour le moins obscure et ambiguë et par là, ne respecte pas les obligations de mise en concurrence.

- En soit, l'"*exposé de la vision que le candidat a de la prestation à réaliser, des solutions qu'il peut mettre en œuvre et de la pertinence de son analyse*" caractérise à lui seul un critère qui ne pouvait être mis en œuvre.

De la rédaction qui est la sienne ce critère débouche en effet de toute évidence sur un jugement de valeur qu'opère par le pouvoir adjudicateur sur la présentation subjective qui devrait être faite, de sa mission, par le candidat.

Un tel critère est tout à fait déplacé dans le cadre d'un marché dont l'objet est d'attribuer une mission d'assistance juridique.

Au surplus, ainsi qu'il l'a été exposé auparavant, une telle mission nécessite une indépendance absolue vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Or, ce critère permettant au pouvoir adjudicateur de juger les offres en fonction de position subjective quant au sens de leur mission est précisément tout à fait contraire à la garantie d'une telle indépendance.

Ainsi, non seulement ce critère est incompatible avec l'objet du marché, mais en plus il est susceptible de créer une discrimination entre les candidats en les différenciant pour le moins de manière opaque.

Bref, par ce critère, l'autorité adjudicatrice, alors même qu'elle est tenue de préciser suffisamment, dans le règlement de la consultation, l'étendue et la nature de ses besoins, se réserve une marge de choix discrétionnaire (même pour un sous-critère n'occupant pas une place prépondérante) et a fixé des modalités d'examen des offres qui ne permettent pas de garantir l'égalité de traitement entre les candidats non

plus que la transparence de la procédure (Rapp. C.E. 15 décembre 2008, Communauté Urbaine de Dunkerque, req. n° 310.380).

Or, précisément, dans le cas de l'association requérante, il ne fait aucun doute que l'opacité de ce critère l'a lésée. La lecture des différents courriers de rejets que lui a fait parvenir le pouvoir adjudicateur montre en effet qu'elle a *systématiquement* obtenue, précisément sur ce critère, une note inférieure à celle qui a été attribuée au candidat qui a remporté le lot, alors que sur les autres points sa notation était très souvent supérieure ou à tout le moins égale.

- En tout état de cause, ce critère est composé de cinq sous-critères et ce sans qu'aucune pondération ne soit établie pour chacun d'entre eux alors qu'ils sont pourtant d'une nature toute différente.

Ce manque de transparence ne permet de réellement comprendre ce qu'a pris en compte le pouvoir adjudicateur pour attribuer des notations.

Or, certains points parmi ces critères auraient dû recevoir un traitement prioritaire en terme de pondération : l'urgence et la garantie de continuité du service par exemple puisque, on l'a déjà souligné, l'assistance juridique devant être apportée aux étrangers retenus s'inscrit de par sa nature même dans l'urgence et ce, de manière permanente ; les recours doivent être effectués dans des délais extrêmement brefs et les démarches en vue de la préparation des audiences sont également souvent insérées dans un délai de quelques jours au mieux, mais plus souvent dans un délai de quelques heures.

Dès lors, la capacité du candidat à agir dans l'urgence, ainsi que celle d'assurer le service de manière continue apparaissent absolument essentielles. La place qui lui est donnée dans le règlement de la consultation, incertaine au demeurant, mais apparaissant comme une sous-catégorie de critère résiduelle n'est, en tout les cas, pas suffisante au regard de l'objet du marché.

3. - Ne sont par ailleurs pas plus pertinentes les modalités d'évaluation du premier (et plus important) critère, tiré des compétences juridiques de l'équipe.

Le règlement de la consultation exige une "*maîtrise confirmée des règles spécifiques du droit des étrangers*", ce qui apparaît être une exigence indispensable, mais précise ensuite que celle-ci sera appréciée au regard des "*diplômes des intervenants, ou de leur formation juridique que la personne morale qui fait une offre s'est engagée à leur fournir, ou de la capacité de la personne morale à s'appuyer sur des assistants juridiques*".

Cette diversité des outils d'évaluation est particulièrement contestable.

- D'abord par ce qu'il n'existe pas de diplôme universitaire spécialisé en droit des étrangers - ni *a fortiori* en contentieux propre aux règles applicables aux étrangers - alors même que ce droit nécessite, il n'est pas inutile de le rappeler, des connaissances approfondies tant en droit *administratif*, qu'en droit *privé* et en droit *pénal* notamment. Ce critère du diplôme n'est donc pas pertinent.

- Il est en outre, irréaliste de penser que des intervenants n'ayant aucune compétence spécifique en droit des étrangers pourront être formés en quelques semaines, soit pour la date de prise d'effet du marché au début du mois de juin 2009. Une formation juridique est donc insuffisante en l'absence d'expérience préalable.

- La référence à l'"appui" des intervenants sur des assistants juridiques apparaît par ailleurs pour le moins incongrue, puisque les exigences de la matière laissent au contraire apparaître que les intervenants doivent eux-mêmes être des juristes spécialisés.

Seule une expérience juridique solide antérieure dans le domaine du droit des étrangers et plus spécifiquement de leur enfermement paraît donc être le gage d'une maîtrise suffisante de la matière.

La valeur technique des offres des différents candidats sur le plan de leurs compétences juridiques n'a donc pas été organisée selon des critères pertinents par le règlement de la consultation.

4. - Quant au critère du prix il n'est pas plus pertinent au regard des conditions dans lesquelles il a été présenté, à tout le moins en tant qu'il ne précise pas les éléments de décomposition (sans d'ailleurs, une fois encore, que ces sous-critères soient pondérés), ce qui induit par exemple que chaque candidat puisse fonder son offre sur la base d'éléments différents de ceux par ailleurs pris en compte pas un autre.

La mise en concurrence des candidats n'a donc pas, dans ces conditions, été effectuée dans des conditions satisfaisantes et la procédure suivie doit donc être annulée.

VI. - S'impose enfin dans ces conditions dès à présent la nécessité d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de différer la signature du contrat, ainsi que le prévoit le 3^e alinéa de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative et ce jusqu'à ce qu'il soit statué sur la présente requête.

*

* *

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, l'exposant conclut qu'il plaise au Tribunal administratif de PARIS :

- dès avant dire droit, **ENJOINDRE** au Ministère de l'immigration de différer la signature du marché, n° 2008-12-CRA, "*relatif à 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 pour l'application des dispositions de l'article L. 553-6 de ce Code*" jusqu'à ce qu'il soit statué sur la présente requête,
- **ANNULER** la procédure et les actes pris par Ministère de l'immigration dans le cadre de la passation du marché n° 2008-12-CRA, "*relatif à 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 pour l'application des dispositions de l'article L. 553-6 de ce Code*",
- subsidiairement **ORDONNER** toute autre mesure de nature à mettre fin et à corriger les irrégularités entachant la procédure de passation dudit marché
- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat (Ministre de l'immigration) la somme de 3.588 € sur le fondement de l'article L.761-1 du Code de justice administrative

O. COUDRAY
Avocat à la Cour

PRODUCTIONS :

1. Appel public à la concurrence
2. Règlement de la consultation
3. Courriers informant la CIMADE du rejet de ses offres pour les lots 2, 3, 5, 7 et 8.