

Conseil d'État

N° 403614

ECLI:FR:CECHR:2017:403614.20170214

Mentionné aux tables du recueil Lebon

7ème - 2ème chambres réunies

M. Jean Sirinelli, rapporteur

M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP GARREAU, BAUER-VIOLAS, FESCHOTTE-DESBOIS ; SCP NICOLAY, DE LANOUELLE, HANNOTIN ; SCP FOUSSARD, FROGER, avocats

Lecture du mardi 14 février 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société des eaux de Marseille a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Marseille d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à l'annulation, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, du contrat de délégation de service public pour la distribution d'eau potable conclu entre la commune d'Auriol et la société SAUR le 1er juillet 2016. Par une ordonnance n° 1605523 du 1er septembre 2016, le juge des référés de ce tribunal a rejeté cette demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux mémoires, enregistrés les 19 septembre, 4, 20 et 21 octobre 2016 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société des eaux de Marseille demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) réglant l'affaire en référé, de faire droit à sa demande ;

3°) de mettre à la charge de la commune d'Auriol et de la société SAUR la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean Sirinelli, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Garreau, Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, avocat de la société des eaux de Marseille, à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la commune d'Auriol et à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société d'aménagement rural et urbain (SAUR).

Vu la note en délibéré, enregistrée le 10 février 2017, présentée par la commune d'Auriol.

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le conseil municipal de la commune d'Auriol a approuvé le vendredi 1er juillet 2016 l'attribution d'une délégation du service public de distribution d'eau potable à la société SAUR ; que le contrat a été signé le soir-même, à l'issue du conseil municipal ; que la société des eaux de Marseille a saisi le même jour le juge des référés du tribunal administratif de Marseille d'une demande d'annulation de la procédure de passation du contrat ; que la commune l'ayant informée de la signature du contrat, la société a alors demandé au juge des référés l'annulation du contrat, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative ; que par l'ordonnance attaquée du 1er septembre 2016, contre laquelle la société se pourvoit en cassation, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande ;

Sur la recevabilité du référé contractuel :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, le recours en référé contractuel " n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours " ; qu'aux termes de l'article L. 551-4 du même code, le contrat " ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle " ; qu'enfin l'article R. 551-1 du même code dispose que : " Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. / Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités. / Elle est réputée accomplie à la date de sa réception par le pouvoir adjudicateur " ;

3. Considérant qu'il résulte des dispositions citées au point 2 que l'obligation de suspendre la signature du contrat qui pèse sur le pouvoir adjudicateur lorsqu'est introduit un recours en référé précontractuel dirigé contre la procédure de passation du contrat court à compter, soit de la notification au pouvoir adjudicateur du recours par le représentant de l'Etat ou par son auteur agissant conformément aux dispositions de l'article R. 551-1 du code de justice administrative, soit de la communication de ce recours par le greffe du tribunal administratif ; que lorsque l'auteur d'un référé précontractuel établit l'avoir notifié au pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues par cet article, le pouvoir adjudicateur qui signe le contrat postérieurement à la réception du recours doit être regardé comme ayant méconnu les dispositions de l'article L. 551-4 du même code ; que s'agissant d'un recours envoyé au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite ;

4. Considérant qu'ainsi qu'il a été rappelé au point 1, le conseil municipal de la commune d'Auriol a approuvé le vendredi 1er juillet 2016 l'attribution du contrat de délégation du service public de distribution d'eau potable à la société SAUR ; qu'en jugeant qu'alors même que la société des eaux de Marseille avait notifié à la commune d'Auriol avant que celle-ci ne signe le contrat dans la soirée le référé précontractuel qu'elle avait intenté contre cette procédure, la commune ne pouvait pas être regardée comme ayant eu connaissance de la notification de son recours par la société dès lors qu'il lui avait été notifié après la fermeture de ses services survenue à 16 heures 30, et en estimant par suite que le contrat n'avait pas été signé pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a commis une erreur de droit ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que la société des eaux de Marseille est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

6. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

7. Considérant, qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours " ; qu'aux termes de l'article L. 551-15 du même code : " Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité (...) " ;

8. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que sont seuls recevables à saisir le juge du référé contractuel d'une demande dirigée contre un contrat de délégation de service public, lequel n'est pas soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, outre le préfet, les candidats qui n'ont pas engagé un référé précontractuel, lorsque l'autorité délégante n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article R. 1411-2-1 du code général des collectivités territoriales et n'a pas observé, avant de le signer, un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis prévu par cet article et la date de conclusion du contrat, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel, lorsque l'autorité délégante n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ; qu'il résulte de l'instruction que la société des eaux de Marseille a notifié au service compétent de la commune son référé précontractuel par un message électronique envoyé le vendredi 1er

juillet à 19H38 à l'adresse électronique indiquée par le règlement de la consultation ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point 3 que la commune ne pouvait dès lors plus signer le contrat dans la soirée du 1er juillet comme elle l'a fait, alors même qu'elle avait indiqué aux candidats, dans le règlement de la consultation, que ses services étaient fermés à 16H30 le vendredi ; que la société des eaux de Marseille est par suite recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande tendant à l'annulation du contrat de délégation de service public conclu entre la commune d'Auriol et la SAUR ; que dès lors, la fin de non recevoir soulevée par la commune d'Auriol doit être écartée ;

Sur le bien fondé du référé contractuel :

9. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : " Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / ... Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat " ; qu'aux termes de l'article L. 551-20 de ce code : " dans le cas où le contrat a été signé ... pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière " ;

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation du contrat sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative :

10. Considérant que les cas dans lesquels le juge des référés peut annuler un contrat sont limitativement énumérés aux trois alinéas de l'article L. 551-18 du code de justice administrative; que s'agissant des contrats de délégation de service public, qui ne sont ni soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, mentionnée au troisième alinéa de l'article L. 551-18, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, ni concernés par le deuxième alinéa de cet article relatif à des marchés publics fondés sur un accord cadre ou un système d'acquisition dynamique, l'annulation d'un tel contrat ne peut résulter que du constat des manquements mentionnés au premier alinéa du même article, c'est-à-dire de l'absence de toutes les mesures de publicité requises pour sa passation ou d'une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite ; qu'en outre, dans le cas où le pouvoir adjudicateur a méconnu l'obligation de suspension prévue à l'article L. 551-4 de ce code, le juge des référés peut également annuler le contrat de délégation sur le fondement du troisième alinéa de l'article L. 551-18 en cas de méconnaissance par l'autorité délégante des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du contrat d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ; que, s'agissant du contrat litigieux, la commune a procédé aux mesures de publicité requises ; que la demande d'annulation du contrat est présentée sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

11. Considérant qu'il n'appartient pas au juge du référé contractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ; qu'il lui appartient en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats ;

12. Considérant, en premier lieu, que la société requérante soutient que la commune aurait pris en compte pour l'analyse des offres un élément non mentionné dans le règlement de consultation ; que, toutefois, la constitution d'un fonds de travaux pour le renouvellement des réseaux et des équipements constituait un élément de l'offre présentée par la SAUR, et non un critère de sélection des offres que la commune d'Auriol aurait eu obligation de porter à la connaissance des candidats à l'attribution du contrat avant le dépôt de leurs offres ; qu'ainsi qu'il a été dit au point 11, il n'appartient pas au juge du référé contractuel de se prononcer sur la façon dont la commune a apprécié l'offre de la société au regard du critère des aspects financiers de l'offre ;

13. Considérant, en deuxième lieu, que la société requérante soutient que la commune aurait jugé l'offre de la SAUR meilleure sur le critère relatif à la qualité de service en faisant prévaloir sur les modalités énoncées dans le règlement de consultation le niveau des engagements visant à la performance hydraulique des réseaux ; que, toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 11, il n'appartient pas au juge du référé contractuel de se prononcer sur la façon dont la commune a apprécié l'offre de la société au regard du critère de la qualité du service ; que, par suite, la société des eaux de Marseille n'est pas fondée à soutenir que la commune d'Auriol aurait méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence en tenant compte, au stade de l'analyse du critère de la qualité du service, d'un élément qui n'était pas énoncé dans le règlement de la consultation ;

14. Considérant, en troisième lieu, que la société requérante soutient que la commune a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats en valorisant dans l'offre de la SAUR le fonds de travaux qu'avait proposé cette société au titre de deux critères différents et en refusant à la société des eaux de Marseille l'application d'une formule d'actualisation de son offre qui avait été accordée à la SAUR ; que, toutefois, contrairement à ce qui est soutenu, il n'y a pas eu valorisation du fonds de travaux proposé par la SAUR au titre à la fois du critère financier et du critère de la qualité de service ; que, par ailleurs, il ne résulte pas du dossier de la consultation, et notamment du projet de convention, que les candidats avaient obligation d'intégrer dans leur compte d'exploitation prévisionnel des charges résultant de la mise en oeuvre du coefficient Gprod, qui constitue un paramètre du coefficient d'actualisation applicable à la rémunération du délégataire et aux frais annexes ; que le moyen tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats ne peut par suite qu'être écarté ;

15. Considérant, en quatrième lieu, que si la société requérante soutient que la SAUR aurait proposé plusieurs modifications contractuelles sans les identifier comme des variantes, il résulte de l'instruction que le règlement de consultation autorisait les candidats à présenter des aménagements contractuels dans le cadre de leur offre et que seuls ceux ayant un impact sur l'offre financière et technique devaient faire l'objet d'une variante ; que contrairement à ce qui est soutenu, la SAUR n'avait pas à présenter une variante ; que le moyen tiré d'une

méconnaissance de l'article 8 du règlement de consultation relatif aux variantes manque donc en fait ;

16. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société des eaux de Marseille n'est pas fondée à demander l'annulation du contrat sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

En ce qui concerne l'application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative :

17. Considérant qu'il résulte toutefois des dispositions citées au point 9 de l'article L. 551-20 du code de justice administrative qu'en cas de conclusion du contrat pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 du même code, le juge du référé contractuel est tenu soit de priver d'effets le contrat en l'annulant ou en le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat ; que, pour déterminer la mesure qui s'impose, le juge du référé contractuel peut prendre en compte, notamment, la nature et l'ampleur de la méconnaissance constatée, ses conséquences pour l'auteur du recours ainsi que la nature, le montant et la durée du contrat en cause et le comportement du pouvoir adjudicateur ;

18. Considérant que le contrat a été signé pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative ; qu'eu égard à la nature du manquement constaté, qui n'affecte pas la substance même de la concurrence, il n'y a pas lieu d'annuler le contrat passé par la commune d'Auriol ; qu'en revanche, eu égard à la durée du contrat et au comportement de la commune, dont il résulte de l'instruction qu'elle a signé le contrat de manière précipitée après avoir décidé de son attribution, sans s'être assurée de l'existence d'un éventuel référé précontractuel qui lui aurait été notifié, il y a lieu d'infliger à la commune une pénalité financière d'un montant de 20 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative ;

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

19. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les parties devant le Conseil d'Etat et le juge des référés du tribunal administratif de Marseille au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du 1er septembre 2016 du juge des référés du tribunal administratif de Marseille est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société des eaux de Marseille devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille est rejetée.

Article 3 : Une pénalité de 20 000 euros, qui sera versée au Trésor public, est infligée à la commune d'Auriol en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions des parties présentées devant le juge des référés du tribunal administratif de Marseille et devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société des eaux de Marseille, à la commune d'Auriol, à la société SAUR et au directeur régional des finances publiques de Provence-Alpes-Côte d'Azur.