

CONSEIL D'ETATstatuant
au contentieux

N° 319949

Cette décision sera
mentionnée dans les
tables du Recueil LEBON**REPUBLIQUE FRANÇAISE****AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**COMMUNAUTE URBAINE NANTES
METROPOLEM. Philippe Mettoux
RapporteurLe Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies)M. Bertrand Dacosta
Rapporteur publicSur le rapport de la 7ème sous-section
de la Section du contentieuxSéance du 8 juillet 2009
Lecture du 11 août 2009

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 20 août et 8 septembre 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE, dont le siège est 2 cours du Champ de Mars à Nantes (44923 cedex 09), représentée par son président en exercice ; la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 1^{er} août 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société Bouygues Télécom annulé en tant qu'elle porte sur le lot n° 3, la procédure d'appel d'offres en vue de la fourniture de service de télécommunications pour le compte du groupement de commandes constitué par la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE, la ville de Nantes et le centre communal d'action sociale de la ville de Nantes ;

2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, de rejeter la demande de la société Bouygues Télécom ;

3°) de mettre en outre à la charge de la société Bouygues Télécom le versement de la somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Philippe Mettoux, Conseiller d'Etat,
- les observations de la SCP Gaschignard, avocat de la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE et de la SCP Peignot, Garreau, avocat de la société Bouygues Télécom,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Gaschignard, avocat de la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE et à la SCP Peignot, Garreau, avocat de la société Bouygues Télécom ;

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 (...) et des conventions de délégation de service public./ 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 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. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours." ;

Considérant que la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 1^{er} août 2008 par laquelle le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nantes, saisi par la société Bouygues Télécom, et après avoir écarté l'ensemble des autres manquements invoqués par cette société, a annulé en tant qu'elle porte sur le lot n° 3 la procédure d'appel d'offres en vue de la fourniture de services de télécommunications pour le compte du groupement de commandes constitué par la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE, la ville de Nantes et le centre communal d'action sociale de la ville de Nantes, au motif de la méconnaissance des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics ;

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : "Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. (...) / Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination (...)";

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que le lot n° 3 regroupait des prestations de téléphonie mobile "voix et données" et des prestations de transfert d'informations entre machines, notamment horodateurs et feux de signalisation ; qu'après avoir estimé que ces deux types de prestations étaient distincts au sens de l'article 10 précité, le juge des référés a jugé qu'en se bornant à faire état des possibilités de gestion mutualisée des temps de communication et des difficultés liées à l'organisation et à la coordination de ces prestations la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE ne justifiait pas de la pertinence du regroupement opéré ; que, ce faisant, il a commis une erreur de droit, la réduction significative du coût des prestations constituant, selon l'article 10, un motif légal de dévolution en marché global ; que la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE est ainsi fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a retenu le manquement aux dispositions de l'article 10 du code des marchés publics pour ce lot n°3 ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au fond dans les limites de la cassation énoncée ci-dessus ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que constituent des prestations distinctes, au sens de l'article 10 du code des marchés publics, et bien qu'elles fassent appel à la même technologie GSM, d'une part, la fourniture d'un service de téléphonie mobile "voix et données", fonctionnant sur les fréquences de 900 et 1800 MHz et, d'autre part, la mise en œuvre de transferts d'informations entre machines, notamment horodateurs et feux de signalisation, fonctionnant dans la seule fréquence de 900 MHz ; que si la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE indique qu'elle rencontrait des difficultés dans l'organisation et la coordination de ces deux ensembles de prestations, elle n'apporte aucun élément au soutien de cette affirmation ; que, si elle fait valoir que le regroupement en un seul lot lui permettrait de réaliser des économies significatives grâce au transfert des temps de communication non utilisés entre les deux ensembles de prestations, l'impact financier de ce regroupement ne saurait justifier une dévolution en lots séparés, dès lors qu'il ne représente que moins de 2 % du budget alloué à ce lot ; que par suite le regroupement de ces prestations dans un lot unique constitue un manquement aux dispositions de l'article 10 du code des marchés publics ; que la société Bouygues Télécom, qui a développé son réseau de téléphonie mobile dans la région nantaise dans la fréquence de 1800 MHz justifie que ce regroupement, qui l'obligerait à consentir des investissements lourds dans la fréquence de 900 MHz pour pouvoir présenter une offre pour le lot n° 3, est susceptible de la léser ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Bouygues Télécom est fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux en tant qu'elle concerne son lot n° 3 et à ce qu'il soit enjoint à la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE, si elle entend conclure un marché ayant le même objet que ce lot n° 3, de reprendre la procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge la société Bouygues Télécom, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande de la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu de mettre à la charge de cette dernière la somme de 5 000 euros au bénéfice de la société Bouygues Télécom ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Les articles 1^{er}, 2 et 3 de l'ordonnance en date du 1^{er} août 2008 du juge des référés du tribunal administratif de Nantes sont annulés.

Article 2 : La procédure engagée par le groupement constitué par la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE, la ville de Nantes et le centre communal d'action sociale de la ville de Nantes pour la fourniture de services de télécommunications est annulée en tant qu'elle porte sur son lot n° 3.

Article 3 : Il est enjoint à la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE, si elle entend poursuivre le projet de marché relatif au lot n° 3, de recommencer la procédure de passation y afférente.

Article 4 : La COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE versera à la société Bouygues Télécom la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions de la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à la COMMUNAUTE URBAINE NANTES METROPOLE et à la société Bouygues Télécom.