

**LA COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE BORDEAUX**

nb

N° 07BX01819**REPUBLIQUE FRANÇAISE****REGION REUNION****AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Ordonnance du 12 octobre 2007

Le juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au secrétariat de la section du contentieux du Conseil d'Etat le 10 août 2007, présentée pour la REGION REUNION, représentée par le président du Conseil régional, et dont le siège est Hôtel de région, avenue René Cassin, à Saint Denis de la Réunion (97719), par la SCP Defrenois et Levis, avocat aux Conseils ;

Vu, enregistrée le 20 août 2007, la décision par laquelle le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat a transmis la requête de la REGION REUNION à la cour administrative d'appel de Bordeaux ;

La REGION REUNION demande à la cour :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 0700546 du 23 juillet 2007 du juge des référés du tribunal administratif de Saint Denis de la Réunion, en tant que cette ordonnance, sur demande du Préfet de la Réunion, a suspendu l'exécution du marché (lots n° 1 et n° 2) passé le 29 janvier 2007 entre la REGION REUNION et la société Austral Voyages, d'une part, la REGION REUNION et la SA Air France, d'autre part ;

2°) de rejeter la demande de suspension présentée par le préfet de la Réunion devant le tribunal administratif ;

3°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 4 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La REGION REUNION soutient que le premier juge a insuffisamment motivé son ordonnance, dès lors qu'il n'a pas indiqué en quoi la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, dont il s'est approprié au mot près la formulation, s'appliquerait directement et sans adaptation à un litige relatif à l'application de l'article 53-II du code des marchés publics, et qu'il n'a pas davantage identifié ceux des moyens soulevés par le préfet de la Réunion qu'il a entendu retenir ; que c'est au prix d'une erreur de droit que le même premier juge a estimé que la règle de publicité de la pondération des critères retenus par la personne adjudicatrice pour déterminer l'offre la mieux disante, posée à l'article 53-II susmentionné s'appliquait de la même façon aux sous-critères ; que la prise en compte de ces sous-critères relève de la gestion et non du droit et que le juge ne saurait légalement ajouter aux textes en vigueur une exigence qui n'y figure pas ; que l'auteur de l'ordonnance attaquée n'a pas

N° 07BX01819

2

caractérisé les éléments susceptibles de créer un doute sérieux quant à la légalité du marché, faute d'avoir examiné dans quelle mesure l'absence de pondération à l'avance des sous-critères avait pu influencer la préparation de leurs offres par les candidats ; que, en tout état de cause, la circonstance que la pondération des sous-critères n'aurait pas été communiquée à l'avance n'a pu influencer la préparation des offres, dès lors que le nombre de ces sous-critères étant de 8 pour une note totale de 10, il s'en déduisait immédiatement que certains auraient une importance relative accrue, à charge pour les candidats de ne négliger en conséquence aucun aspect de leur offre ; que les deux sous-critères appréciés plus favorablement correspondaient à ceux auxquels pouvaient d'ailleurs s'attendre ces candidats ; qu'aucun effet discriminatoire ne peut être établi au regard de ce choix et de ses conséquences ; que, de manière dépourvue de cohérence, le premier juge a rejeté la demande de suspension en tant qu'elle visait le lot n° 3 du marché, alors que ce lot avait été attribué exactement selon la même procédure ;

Vu l'ordonnance attaquée ;

Vu, enregistré le 20 septembre 2007 le mémoire en défense, présenté par le préfet de la Réunion, qui tend au rejet de la requête ;

Le préfet de la Réunion soutient que le juge des référés du tribunal administratif s'est borné à faire application des dispositions de l'article 53-II du code des marchés publics, et n'avait pas à indiquer en quoi il s'était ou non référé à des principes et formulations issues de la jurisprudence communautaire ; qu'en tout état de cause il a accueilli l'argumentation qui lui était présentée en première instance, argumentation communiquée régulièrement et préalablement à la REGION REUNION ; que les deux moyens retenus par le premier juge, susceptibles de faire naître un doute sérieux quant à la légalité du marché contesté sont clairement identifiés, dès lors que l'ordonnance retient à la fois une influence possible de la procédure d'appel d'offres suivie sur la manière dont ces offres pouvaient être préparées et l'effet discriminatoire découlant de l'avantage conféré à certains sous-critères par rapport à d'autres, dès lors que cet avantage n'avait pas été mis en lumière à l'avance ; qu'aucun moyen d'ordre public n'a été par ailleurs retenu ; que l'article 53-II imposant que la pondération des critères soient effective et rendue publique à l'avance s'applique également pour les sous-critères, sauf à vider cette disposition de toute substance ; que la non-suspension du marché en ce qui concerne le lot n° 3 s'explique par le simple fait qu'un seul candidat avait soumissionné pour ce lot ; que le premier juge a parfaitement mis en lumière les éléments qui étaient de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité du marché ; que les faits relevés par ce dernier sont également avérés en ce qu'ils concernent à la fois le regroupement arbitraire de certains sous-critères et le poids plus important octroyé à d'autres, sans publicité préalable ;

Vu, enregistré le 24 septembre 2007, le mémoire présenté pour la SA Air France, qui tend au rejet de la requête et à la condamnation de la REGION REUNION à lui payer une somme de 3 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SA Air France soutient que la REGION REUNION n'a eu aucune peine à identifier dans l'ordonnance attaquée la référence éventuelle à des principes communautaires et a été parfaitement en mesure d'en apprécier la portée ; que le premier juge s'est borné à appliquer les dispositions de l'article 53-II à la lumière de ces principes généraux ; que les moyens retenus par le premier juge étaient soulevés par le préfet de la Réunion et, en tout état de cause, de la manière la plus claire, par la SA Air France ; qu'ainsi l'ordonnance est suffisamment motivée ;

N° 07BX01819

3

Elle soutient également que les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un marché public imposent que l'ensemble des critères susceptibles de peser sur le choix entre les offres soient connus à l'avance des candidats, dans leur contenu comme dans leur pondération, afin que les offres puissent être préparées en toute connaissance de cause ; que, en l'espèce, non seulement certains critères se sont vu attribuer un poids plus important que d'autres, sans que les candidats en soient informés à l'avance, mais d'autres ont été également regroupés sans davantage d'information préalable ; que les faits n'ont été aucunement dénaturés, le juge des référés s'étant borné à tirer les conséquences de ces éléments ;

La SA Air France soutient en outre que les avis d'appel d'offres publiés au niveau communautaire et au niveau national n'étaient pas identiques, ce vice suffisant à lui seul à entacher d'illégalité la procédure suivie ;

Vu, enregistré le 27 septembre 2007, le mémoire complémentaire présenté par la REGION REUNION, qui tend aux mêmes fins, par les mêmes moyens ;

La REGION REUNION soutient également que l'article 53-II du code des marchés publics ne visant que les critères de sélection des offres, le juge des référés aurait dû indiquer les raisons pour lesquelles il étendait les règles correspondantes à l'ensemble des sous-critères, non visés par le texte ; que la discordance entre les deux avis d'appel d'offres relevée par la SA Air France ne résulte nullement de la lecture de ces avis ni l'impact qu'elle aurait prétendument pu avoir sur la présentation d'autres offres ;

Vu, enregistré le 28 septembre 2007, le mémoire en réplique présenté pour la SA Air France, qui tend aux mêmes fins, par les mêmes moyens, et par l'argument supplémentaire que la nouvelle procédure d'appel d'offres passée par la REGION REUNION se garde bien de manifester une discordance entre les avis publiés au Journal officiel de l'Union Européenne et ceux publiés au plan national ;

Vu, enregistré le 1^{er} octobre 2007, le mémoire présenté pour la société Austral Voyages, qui tend aux mêmes fins que la requête de la REGION REUNION, par les mêmes moyens que ceux soulevés dans cette requête, ainsi que la condamnation de l'Etat à lui payer une somme de 4 000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Austral Voyages soutient en outre que les éléments présents dans son offre, s'agissant notamment des « avantages consentis » étaient réels et non aléatoires, contrairement à ce qui avait été soutenu en première instance ; que les documents produits par ses soins étaient parfaitement réguliers, sans que l'on puisse utilement lui reprocher la production en anglais du certificat IATA, toujours libellé dans cette langue à raison de son caractère international, sa licence d'agent de voyage étant bien, quant à elle, libellée en français ;

Vu, enregistrés les 2 et 4 octobre 2007, les mémoires complémentaires en production de pièces, présentés pour la SA Air France ;

Vu, enregistré le 4 octobre 2007, le mémoire complémentaire présenté pour la REGION REUNION ;

La REGION REUNION soutient que l'impact concret des poids différents donnés à deux des sous-critères est en tout état de cause sans incidence, dès lors que si l'on ramène à égalité l'ensemble de ces sous-critères, le classement des offres ne se trouve pas affecté ;

N° 07BX01819

4

Vu, enregistré le 4 octobre 2007, le mémoire complémentaire présenté pour la SA Air France ;

La SA Air France soutient que la REGION REUNION n'a pas été en mesure de démontrer l'absence d'influence du défaut de publicité préalable de la pondération des sous-critères sur la préparation des offres ; que la méthode de calcul mise en œuvre par la REGION REUNION continue elle-même de mettre en évidence l'impact qu'a eu cette pondération ; qu'enfin une ventilation nouvelle de dernière minute est susceptible de favoriser des discriminations, les liens étroits entre la société Austral Voyages et la REGION REUNION renforçant le doute à cet égard ;

Vu, enregistré le 4 octobre 2007, le mémoire complémentaire présenté par la société Austral Voyages, faisant état de l'absence de contrôle de la REGION REUNION sur le capital de la société, ce capital n'étant détenu, et encore de manière indirecte, qu'à hauteur de 25% par la Région ;

La société Austral Voyages fait valoir également qu'elle est en relation avec trois compagnies aériennes, alors qu'Air France se présente de manière autonome ; qu'elle a été en mesure, dans les années immédiatement précédentes, de faire face pour l'essentiel aux demandes de surclassement qui lui étaient présentées ; que l'engagement de fournir 50 surclassements à l'année constitue un engagement de résultat ;

Vu, enregistré le 5 octobre 2007, le mémoire complémentaire présenté pour la SA Air France, qui tend aux mêmes fins, par les mêmes moyens, et par le moyen supplémentaire que, comme démontré en première instance, la société Austral Voyages ne pouvait raisonnablement prétendre, lors du dépôt de ses offres, qu'elle était en mesure de fournir en toute hypothèse 50 surclassements par an, dès lors que cette possibilité était tributaire des disponibilités sur les lignes des compagnies aériennes sollicitées à cet égard ;

Vu, enregistré le 9 octobre 2007 le mémoire complémentaire présenté par le préfet de la Réunion, qui tend aux mêmes fins, par les mêmes moyens ;

Le préfet de la Réunion soutient en outre que les éléments chiffrés produits désormais par la société Austral Voyages ne figuraient pas au dossier de la commission d'appel d'offres ; que l'offre de surclassements est par essence aléatoire ; que tous les calculs opérés en prenant en compte une égalité des sous-critères débouchent sur une inversion du classement sur le lot n° 1 et un renforcement du résultat initial sur le lot n° 2, au bénéfice de la SA Air France ; que des calculs opérés en inversant la priorité entre critères font naître encore d'autres résultats, manifestant ainsi l'absence de transparence de la procédure ;

Vu, enregistré le 10 octobre 2007, la note en délibéré produite pour la société Austral Voyages ;

Vu la décision du président de la cour administrative d'appel de Bordeaux, en date du 11 septembre 2007, désignant M. Bonnet en qualité de juge des référés en application des dispositions du livre V du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret 2004-15 du 7 janvier 2004 ;

N° 07BX01819

5

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour des audiences ;

Après avoir, au cours des audiences publiques des 3 et 10 octobre 2007, donné son rapport et entendu les observations de Me de la Burgade pour la REGION REUNION, de Me Guillemot et Me Munier pour Austral Voyages et Me Derouesne pour Air France ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 4141-2 du code général des collectivités territoriales, applicable au présent litige en vertu des dispositions combinées des articles L. 4431-1 du même code et L. 554-1 du code de justice administrative : « Le représentant de l'Etat dans la région défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 4141-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission (...) Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué » ;

Considérant que la REGION REUNION a attribué, par contrats en date du 29 janvier 2007, les trois lots d'un marché à bons de commandes de billets d'avion, portant respectivement sur les liaisons entre la Réunion et la métropole (lot n° 1), les liaisons intra-métropole et avec l'étranger depuis la métropole (lot n° 2) et enfin les liaisons entre la Réunion et les pays de la zone Océan Indien et autres pays étrangers (lot n° 3); que les lots n° 1 et n° 3 ont été attribués à la société Austral Voyages, et le lot n° 2 à la SA Air France ; que, sur déféré du préfet de la Réunion, le juge des référés du tribunal administratif de Saint Denis de la Réunion a suspendu l'exécution desdits marchés pour les lots n° 1 et n° 2 et rejeté le surplus de la demande ; que la REGION REUNION relève régulièrement appel de cette ordonnance en tant qu'elle a accueilli les conclusions du préfet de la Réunion relatives aux deux lots susmentionnés ;

Considérant que, pour prononcer la suspension critiquée, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance que la commission d'appel d'offres avait retenu, lors de l'examen des offres, une pondération des sous-critères du critère « qualité technique », laquelle pondération, d'une part, si elle avait été connue à l'avance, aurait pu influencer la préparation des offres, d'autre part, était susceptible d'entraîner un effet discriminatoire envers l'un des candidats ;

Sur la régularité de l'ordonnance attaquée :

Considérant que le premier juge, d'une part, a clairement indiqué les conséquences qui découlaient, selon lui, de la rédaction même des dispositions de l'article 53-II du code des marchés publics, en ce qui concerne le régime de publicité préalable d'une éventuelle pondération de sous-critères, dont le règlement de la consultation aurait prévu la mise en œuvre en vue d'une meilleure application des critères choisis par la personne publique ; qu'il n'avait pas à indiquer dans quelle mesure cette lecture résultait, le cas échéant, de la prise en compte de principes généraux issus de la jurisprudence communautaire ; que, d'autre part, il a clairement désigné les moyens de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité des décisions attaquées, la circonstance que la formulation de ces moyens se soit écartée de celle figurant au mémoire introductif d'instance du préfet de la Réunion pour, au demeurant, se rapprocher de celle présentée par la SA Air France dans son mémoire au soutien de la demande, étant indifférente au regard de l'obligation de motivation ; qu'il suit de là que le moyen tiré de

N° 07BX01819

6

l'irrégularité de l'ordonnance attaquée ne peut qu'être écarté dans ses deux branches ;

Sur le bien-fondé de la suspension prononcée :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics, dans sa version applicable au litige : « II. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché. Si, compte tenu de l'objet du marché, la personne publique ne retient qu'un seul critère, ce critère doit être le prix. Les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés » ;

Considérant que si ces dispositions ne visent expressément que les critères d'attribution des marchés publics, et non les sous-critères utilisés le cas échéant pour en faciliter l'application, et si rien ne s'oppose à ce que la personne publique s'abstienne dès lors de pondérer à l'avance ces sous-critères, c'est sous réserve que ces derniers ne revêtent pas eux-mêmes, en fait, le caractère de véritables critères au sens des mêmes dispositions ; que lorsque tel est bien le cas, et même si le recours à de tels sous-critères a emporté des effets en ce qui concerne le classement final des candidats par suite d'une pondération postérieure à la date de clôture du délai de réception des offres, l'absence de publicité préalable ne saurait, à elle seule, manifester une atteinte au principe de transparence mis en œuvre par l'article 53-II précité, ni un risque d'effet discriminatoire envers l'un ou l'autre des soumissionnaires ;

Considérant que l'avis d'appel public à la concurrence pour le marché en litige, ainsi que le règlement de consultation, indiquaient que le classement des offres serait effectué selon deux critères, le prix et la valeur technique, notés chacun sur 10, puis pondérés respectivement à hauteur de 45% et 55%, et que le second de ces critères se décomposerait lui-même en huit sous-critères, à savoir « la fréquence des vols quotidiens », « la fréquence des vols hebdomadaires », « le confort et la qualité des prestations », « les délais de réservation des billets », « l'accueil et les modalités de réception des billets », « le nombre d'aéroports desservis ou correspondances et continuité des vols », « les conditions d'annulation », et enfin « les avantages consentis » ; qu'il est constant que ces sous-critères n'étaient eux-mêmes pondérés ni dans l'avis ni dans le règlement de consultation, alors que deux d'entre eux se sont vus attribuer, lors du dépouillement des offres, une note de 2/10 et que la note attribuée aux six autres a été seulement de 1/10 ; qu'en outre les sous-critères « fréquence des vols quotidiens » et « fréquence des vols hebdomadaires » ont été agrégés pour se voir attribuer une note globale de 2/10 ;

Considérant que compte tenu de l'objet particulier et du montant du marché, comme des contraintes techniques résultant de la nécessité pour les candidats de tenir compte des dessertes aériennes existantes, plusieurs des sous-critères susmentionnés, et notamment ceux relatifs à la fréquence des vols, aux aéroports desservis, et aux avantages consentis, revêtaient une importance leur conférant la qualité non d'une simple aide complémentaire et marginale à la décision mais d'un véritable critère ; qu'ainsi, il appartenait à la REGION REUNION de rendre publique, dès l'appel à la concurrence, la pondération de ces critères telle que mise en œuvre ultérieurement par la commission d'appel d'offres ; qu'il résulte en outre de l'instruction que, contrairement à ce que soutiennent tant la REGION REUNION que la société Austral Voyages,

N° 07BX01819

7

le fait pour cette commission d'avoir affecté le sous-critère « avantages consentis » d'une note double de celle attribuée à d'autres sous-critères, comme d'avoir agrégé certains de ces derniers a pu avoir une influence déterminante sur le classement des offres ; qu'il existe ainsi, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité des actes attaqués, à raison de l'influence qu'a pu avoir, sur la préparation de ces offres, l'absence de publicité préalable de la pondération des sous-critères finalement mise en œuvre ;

Considérant, en second lieu, que le V de l'article 40 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce, dispose : « Pour les marchés de fournitures et de services d'un montant supérieur à 150 000 euros HT pour l'Etat et 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 5 900 000 euros HT, la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne. La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne peut intervenir avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne ; ces avis ne peuvent fournir d'autres renseignements que ceux qui sont adressés à l'office précité » ; qu'il résulte de ces dispositions que l'avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et l'avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne doivent comporter les mêmes renseignements ; qu'il est constant que l'avis d'appel d'offres, pour le marché en litige, publié le 15 juillet 2006 au Journal Officiel de l'Union Européenne précisait : « Division en lots : oui / Il convient de soumettre des offres pour tous les lots », alors que l'avis publié au Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics le 18 juillet 2006 indiquait : « Prestations divisées en lots : oui / Possibilité de présenter une offre pour l'ensemble des lots » ; que cette discordance, qui était susceptible de dissuader certains candidats potentiels, avertis par la seule publicité parue au Journal Officiel de l'Union Européenne, de soumissionner, est également de nature à faire naître, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité des actes attaqués ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la REGION REUNION n'est pas fondée à se plaindre de ce que le juge des référés, par l'ordonnance attaquée, a suspendu l'exécution des marchés du 29 janvier 2007 (lots n° 1 et n° 2) ;

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 l'Etat, qui n'est pas partie perdante, soit condamné à payer à la REGION REUNION et à la société Austral Voyages les sommes que celles-ci réclament au titre des frais exposés devant la cour et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, en application des mêmes dispositions, de condamner la REGION REUNION à payer une somme de 2 000 € à la SA Air France ;

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la REGION REUNION est rejetée.

Article 2 : La REGION REUNION versera une somme de 2 000 euros à la SA Air France en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la société Austral Voyages et le surplus des conclusions de la SA Air France sont rejetés.

N° 07BX01819

8

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la REGION REUNION, au Préfet de la Réunion, à la société Austral Voyages, et à la SA Air France. Copie en sera adressée au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales.

Fait à Bordeaux, le 12 octobre 2007.

Le Juge des référés
A. BONNET

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, en ce qui le concerne, et à tous huissiers de justice à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance. Pour expédition certifiée conforme.

Le greffier,

Virginie MARTY