

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NICE

N°0604196

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SA T.I.R.U. (Traitement industriel
des résidus urbains)

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme AMSLEM
Magistrat délégué

Le juge des référés

Séance du 28 août 2006
Ordonnance du 30 août 2006

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 10 août 2006 sous le n°0604196, présentée par Me CABANES, avocat à la Cour, pour la SA T.I.R.U. (Traitement industriel des résidus urbains), dont le siège social est Tour Franklin La Défense 8 Paris La Défense, représentée par son représentant légal en exercice ; la société requérante demande au juge des référés :

- d'enjoindre le Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères de la ville d'Antibes de différer la signature du marché jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours,
- d'annuler la procédure contestée et d'ordonner sa reprise dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur,
- et de condamner le Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères de la ville d'Antibes à lui verser une somme 4 000 euros au titre de l'article L 761-1 du Code de justice administrative ; elle soutient :

- que les dispositions de l'article L 1414-6 du code général des collectivités territoriales ont été méconnues, l'avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication dans la revue Marché System n'ayant pas respecté le délai de quarante jours prévu par ce texte ;
- que la commission consultative des services publics locaux régie par l'article L 1413-1 du code général des collectivités territoriales n'a pas été consultée alors même qu'une circulaire et une réponse ministérielle rappellent qu'elle doit être consultée pour avis sur tout projet de partenariat ;
- que l'avis de publicité n'indique pas les exigences minimales à respecter en cas de présentation de variantes ; que le syndicat mixte permet ainsi aux candidats de présenter des variantes libres qui sont pourtant formellement interdites ;
- que les conditions du recours aux contrats de partenariat ne sont pas manifestement réunies en raison des options que le syndicat mixte a d'ores et déjà établies avant le lancement de la procédure et qu'il se réserve le droit d'imposer aux candidats à l'issue du dialogue ;
- que les documents de la consultation n'indiquent pas si les candidats peuvent remettre une offre sur les seules solutions de base ou s'ils doivent également tenir compte des options prévisionnelles présentées par le programme fonctionnel ainsi que des options que le syndicat mixte se réserve le droit d'imposer à l'issue du dialogue ; qu'aucune indication n'est donnée sur la manière de présenter les offres alors que de telles indications sont importantes ;
- que l'avis de publicité n'identifie pas clairement deux des critères obligatoires au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 ; que l'initiative du 27 avril 2006 tendant à la distinction de la composante financière et de la part juridique au sein du critère "coût global de l'offre et montage financier et juridique" est intervenue trop tardivement et aboutit à modifier les critères et leur hiérarchisation d'ensemble ; que ce même avis de publicité ne donne aucune indication sur les conditions dans lesquelles une candidature de groupe pouvait être présentée ;
- que le délai de validité des offres n'a pas été indiqué ;

Vu l'ordonnance en date du 11 août 2006 enjoignant au Syndicat mixte pour le traitement des ordures ménagères de différer la signature du contrat de partenariat ;

Vu le mémoire, enregistré le 24 août 2006, présenté par la SELARL BURLETT-PLENOT-SUARES-BLANCO, avocats au barreau de Nice,

pour le S.I.D.O.M., représenté par son président en exercice ; le syndicat mixte conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L 761-1 du code de justice administrative ; il soutient :

- qu'il a effectué la publicité qui lui était imposée au JOUE et au BODAMP dans les conditions requises ; qu'aucune autre publicité n'était exigée ; que la publicité litigieuse n'a pas été effectuée à l'initiative du S.I.D.O.M. ;

- que la commission visée par l'article L 1413-1 du code général des collectivités territoriales a été consultée ; que les membres du conseil syndical ont nécessairement consenti à sa saisine ;

- que la société requérante raisonne comme s'il s'agissait d'une procédure d'appel d'offre ouvert régi par le code des marchés publics ; que la procédure de passation du contrat de partenariat se caractérise par une grande souplesse ;

- que le contrat litigieux n'est pas un marché public ; que c'est la liberté qui prévaut en matière de variante ; que les variantes renforcent la libre concurrence ; que la possibilité de présenter des variantes sans autre précision n'affecte pas les règles de mise en concurrence ; que le dialogue a justement pour vocation de préciser les moyens techniques ;

- que le terme "option" a un sens différent de celui qui lui est donné dans le droit des marchés publics ; qu'il s'agit ici d'un souhait du candidat d'agrèer à l'objet minimum du contrat d'autres éléments ; que le programme fonctionnel était clair à cet égard ;

- qu'il est inadmissible de prétendre que les candidats pourront se voir imposer des solutions techniques différentes de celles prévues ;

- que la procédure en cause ne comporte pas de cahier des charges ; que la décision juridictionnelle citée n'est pas applicable à l'espèce ; que la société requérante qui a participé au dialogue a présenté, malgré les questions qui la laisseraient sans réponse, une offre finale conforme ;

- que les critères obligatoires figurent bien parmi les critères d'attribution ; que la loi prévoit que la personne publique peut préciser les critères d'attribution définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ; que la pondération a bien été effectuée sur une base de 100 % ;

- que le fait de n'avoir mentionné aucune restriction pour les groupements signifie que ceux-ci peuvent présenter leur candidature ;

- que la fixation d'un délai de validité pour les offres n'a aucun sens ; que le contrat doit avoir un début d'exécution au 26 septembre 2006 sous peine de conséquences catastrophiques ;

Vu le mémoire, enregistré au greffe du Tribunal le 28 août 2006, présenté pour la société requérante ; la société requérante conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Vu la note en délibéré du 29 août 2006 produite par la société requérante ;

Vu la note en délibéré du 29 août 2006 produite par la Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat modifiée ;

Vu le décret n°2004-1145 du 27 octobre 2004 ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le Code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} juin 2006 par laquelle le Président du Tribunal a désigné Mme AMSLEM, premier conseiller, comme juge des référés en application de l'article L 511-2 du Code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de la séance publique ;

Après avoir entendu le 28 août 2006 en séance publique :

- les observations de Me PALMIER, avocat substituant Me CABANES, pour la société requérante, lequel a fait valoir un moyen nouveau tiré de ce que le critère technique a été appliqué sur la base d'éléments qui n'avaient pas été communiqués au préalable aux candidats,
- les observations de Me SUARES, pour le S.I.D.O.M., lequel a ajouté que le recours au contrat de partenariat était justifié et que la commission consultative des services publics locaux a été consultée avant que le syndicat mixte ne se prononce sur le principe du recours à la procédure du contrat de partenariat,
- les observations de Mme BALDEN, présidente du syndicat mixte ;

Considérant qu'aux termes des dispositions 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, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L 6148-5 du code de la santé publique 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.../ 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 de 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 le Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères (S.I.D.O.M.), qui dispose sur les territoires des communes d'Antibes et de Vallauris d'une usine d'incinération des ordures ménagères, a confié l'exploitation de celle-ci à la société T.I.R.U. ; que le marché public qui a été passé à cet effet arrivant à son terme le 26 septembre 2006, la collectivité publique a décidé de conclure un contrat de partenariat pour la mise en conformité, la valorisation énergétique des calories produites par l'usine d'incinération, son exploitation et le traitement des ordures ménagères, et ce en recourant à la phase de dialogue prévue par les dispositions de l'article L 1414-7 du code général des collectivités territoriales ; que l'offre présentée, à l'issue du dialogue compétitif, par le groupement auquel appartient la SA T.I.R.U. a été écartée au bénéfice de celle de l'un de ses concurrents, le groupement Valsud-Véolia ; que la société requérante demande au juge des référés précontractuels d'annuler tous les actes de procédure effectués par le syndicat mixte de traitement des ordures ménagères en vue de la conclusion du contrat de partenariat et d'ordonner la reprise de la procédure conformément aux règles en vigueur :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes des dispositions de l'article L 1414-3 du code général des collectivités territoriales : " La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de libertés d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret." ; qu'aux termes de l'article L 1414-6 du même code : "Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est d'au moins quarante jours." ; qu'aux termes de l'article D 1414-1 dudit code pris en application de l'article L 1414-3 : "I. Tout contrat de partenariat doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective dans les conditions définies ci-après. II. Pour les contrats de partenariat d'un montant supérieur à 230 000 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...Pour les contrats inférieurs à ce montant, la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des prestations envisagées." ;

Considérant qu'il résulte de l'examen des pièces du dossier que l'avis d'appel public à la concurrence que le Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères avait l'obligation de publier au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics a été envoyé à ces publications respectivement les 12 et 16 août 2005 et indiquait que la date limite de dépôt des candidatures était fixée au 26 septembre 2005 à 16 heures ; que la collectivité publique a ainsi respecté, pour la publicité à laquelle elle était tenue, le délai de quarante jours prévu par l'article L 1414-6 du code général des collectivités territoriales; que la circonstance que ce même avis d'appel public à la concurrence, qui a également été mis en ligne sur le réseau internet dans des conditions indéterminées et selon le syndicat mixte à son insu, ait été transmis aux gestionnaires du site "Marchés system" moins de quarante jours francs avant la date limite de dépôt des candidatures ne saurait constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposaient à la personne publique ;

Considérant, en deuxième lieu, que les contrats de partenariat ne sont pas soumis au code des marchés publics ; que ni les dispositions du code général des collectivités territoriales qui régissent ce type de contrat, ni aucune autre règle ne mettent à la charge de la personne publique, lorsqu'elle autorise la présentation de variantes et en informe comme en l'espèce les candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence, l'obligation de faire figurer les conditions dans lesquelles les variantes pourront être admises dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation; qu'eu égard aux caractéristiques du contrat de partenariat, dont la justification réside dans la complexité du projet envisagé par la collectivité publique et dans l'incapacité de celle-ci à définir seule et à l'avance les moyens techniques et financiers nécessaires à sa réalisation, et à la place déterminante qu'occupe, dans la procédure, le dialogue au cours duquel les moyens propres à satisfaire les besoins de la personne publique vont être identifiés et définis, c'est au cours de ce dialogue compétitif que les modalités de présentation des variantes pourront être arrêtées et communiquées à l'ensemble des candidats en lice dans des conditions de transparence propres à assurer l'égalité de traitement de ceux-ci; qu'il n'est pas établi par les données de l'affaire que le Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères aurait autorisé au cours de la phase de dialogue qui a été menée en partenariat avec les candidats la présentation de variantes dans des conditions caractérisant une rupture d'égalité entre les participants ;

Considérant, en troisième lieu, que le I de l'article D 1414-2 du code général des collectivités territoriales énumère les renseignements et les documents dont la personne publique peut demander la production à l'appui des candidatures dans la mesure où ces derniers sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats ; que la personne publique doit préciser, en vertu du II de ce même article, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, ceux des renseignements et documents énumérés au I que doit produire le candidat ; que le Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères a, en application de ces dispositions, imposé à tous les candidats les mêmes conditions pour présenter leurs candidatures, sans faire de sort particulier aux groupements ; que, par suite, l'absence d'information dans l'avis d'appel public à la concurrence sur les conditions dans lesquelles une candidature en groupement pouvait être présentée ne saurait être constitutif d'un manquement aux règles de publicité et de concurrence ;

Considérant, en quatrième lieu, que le syndicat mixte de traitement des ordures ménagères n'a pas entendu fixer une limitation de durée pour la validité des offres qu'il a reçues des candidats qui ont participé à la phase du dialogue compétitif; qu'aucun texte ne lui impose d'ailleurs une telle contrainte; qu'en l'absence de fixation d'une durée de validité des offres, la signature du contrat de partenariat doit intervenir, pour sa bonne exécution, dans un délai raisonnable, et ce compte tenu des impératifs de continuité du service public; que, par suite, l'absence d'indication dans l'avis d'appel public à la concurrence et dans le règlement de la consultation de la durée de validité des offres ne constitue pas un manquement aux règles de publicité;

Considérant, en cinquième lieu, qu'en vertu de l'article L 1414-1 du code général des collectivités territoriales, les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée, en fonction de la durée d'amortissement des investissements et des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement des investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée;

Considérant que la faculté qui était offerte aux candidats d'adjoindre à l'objet principal du contrat des prestations accessoires au sens de l'article L 1414-1 précité a été portée à leur connaissance dans l'avis d'appel public à la concurrence sous le libellé "d'éventuelles options seront prises en considération à l'issue du dialogue", sans autre précision; que cette information sur les options, eu égard à l'importance limitée des prestations périphériques pour lesquelles les candidats étaient libres de faire ou de ne pas faire de propositions, ne peut être regardée comme portant sur une caractéristique essentielle de la convention envisagée; que la rédaction succincte de l'avis d'appel public à la concurrence sur ce point n'a pas, dès lors, constitué un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence; qu'il n'est pas par ailleurs établi qu'elle aurait été de nature à dissuader certains candidats de présenter leur candidature et à porter ainsi atteinte au principe d'égalité entre les candidats;

Considérant, en sixième lieu, que les options pouvant être adjointes au projet principal ont été précisées dans le règlement relatif aux modalités du dialogue qui a été remis aux candidats avant l'ouverture de la phase de discussion, lequel règlement précisait en outre l'objet et le contenu des différentes propositions et offres attendues des candidats ; que ces derniers, qui avaient été sélectionnés en raison de leur capacité à mener un projet complexe et de leur expérience professionnelle, pouvaient obtenir durant la phase de dialogue, si besoin en était, toutes précisions sur les modalités de présentation des offres intégrant les options ; que le syndicat mixte a d'ailleurs fait valoir, sans être contredit, lors de la séance publique, que toutes les offres finales incluaient les options et se sont révélées conformes aux prescriptions du cahier des charges ; que, par suite, le défaut de transparence allégué n'est pas établi ;

Considérant, en septième lieu, qu'aux termes de l'article L 1414-9 du code général des collectivités territoriales : "Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article L 1414-2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévus à l'article L 1414-7. Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés. Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performances, définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans...D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipement, leur qualité esthétique ou fonctionnelle." ; qu'aux termes de l'article L 1414-13 du même code : "Lorsqu'un contrat de partenariat confie au cocontractant tout ou partie de la conception des ouvrages les dispositions suivantes sont applicables...b) Parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale de l'ouvrage..." ; qu'enfin aux termes du 6^e alinéa de l'article L 1414-7 dudit code : "Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique...précise les critères d'attributions définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation..." ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'avis d'appel public à la concurrence mentionnait les critères de jugement des offres, comprenant outre les critères obligatoires des critères additionnels en rapport avec l'objet du contrat; que ces critères ont fait l'objet d'une pondération qui dans certains cas s'est révélée commune à plusieurs critères ; que compte tenu des caractéristiques de la procédure de passation d'un contrat de partenariat, laquelle fait participer les entreprises à la définition des moyens à mettre en œuvre pour la réalisation du projet de la collectivité publique, il n'apparaît pas que la combinaison au sein d'une seule et même pondération de plusieurs critères ait pu être déterminante dans le choix des entreprises de se porter ou non candidates et ait pu conduire certaines d'entre elles à renoncer à participer à la sélection ;

Considérant, en huitième lieu, qu'il résulte des dispositions des articles L 1414-7 et L 1414-9 du code général des collectivités territoriales précitées que le pouvoir adjudicateur peut, à l'issue de la phase de dialogue, et avant d'inviter les candidats à remettre leur offre finale, préciser, compte tenu de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue, les conditions dans lesquelles il entend faire application des critères d'attribution définis dans l'avis de publicité, pourvu qu'il ne modifie ni les critères ainsi définis, ni leur pondération, et qu'il porte ces précisions à la connaissance des candidats de manière transparente et non discriminatoire ;

Considérant que la présidente du syndicat mixte a, lors de l'avant dernière réunion de dialogue qui s'est déroulée avec les candidats le 27 avril 2006, affiné la pondération du "critère d'attribution" relatif au coût global de l'offre et au montage juridique et financier, laquelle pondération est toutefois restée fixée au niveau figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence, en distinguant la composante financière de l'offre à laquelle une pondération de 25 % a été attribuée et la part juridique du montage qui a bénéficié quant à elle d'une pondération de 5 %; que cette ventilation, qui a été décidée à la suite des discussions menées "en tunnel" sur chacune des propositions des candidats, est intervenue à l'initiative de la collectivité publique, laquelle a demandé la présentation de deux solutions, l'une compatible avec les prescriptions du plan départemental d'élimination des déchets qui prévoit la

suppression de l'usine d'incinération à l'horizon 2015 et l'autre prenant en compte la durée de l'investissement ; que ladite ventilation a été portée à la connaissance des opérateurs, qui n'avaient pas pour leur part sollicité de précision sur le critère litigieux, avant que ceux-ci ne soient invités à remettre leur offre finale ; qu'elle l'a été de manière suffisamment claire pour que ces derniers puissent en appréhender la portée et la prendre en considération dans leurs offres ; que les candidats ont été également informés dans les mêmes conditions de ce que les options seraient prises en compte dans le cadre du critère relatif au coût global de l'offre à concurrence de 5 % ; que l'atteinte alléguée aux règles de mise en concurrence n'est donc pas établie ;

Considérant, en neuvième lieu, que la société requérante fait valoir que le critère relatif à la valeur technique du projet et à la qualité globale des ouvrages a fait l'objet d'une division en sous-critères sans que les candidats n'en aient été informés ; que le syndicat mixte, qui reconnaît avoir élaboré un barème à usage interne afin d'apprécier la valeur technique des projets qui lui étaient présentés et la qualité globale des ouvrages envisagés, n'avait pas à porter celui-ci à la connaissance des candidats, dès lors que cette grille de notation ne constituait qu'une aide à l'appréciation ;

Considérant, enfin, qu'il n'appartient pas au juge statuant sur le fondement de l'article L 551-1 du Code de justice administrative d'examiner des moyens autres que ceux relatifs à des manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des contrats de partenariat ; qu'ainsi la société requérante ne peut utilement soulever le moyen tiré de l'absence de consultation régulière de la commission consultative des services publics locaux prévue par l'article L 1413-1 du code général des collectivités territoriales sur le projet de partenariat ; qu'elle ne peut davantage critiquer de manière opérante la légalité de la décision du Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères de recourir à la procédure du contrat de partenariat ; qu'au demeurant si l'intéressée soutient sur ce dernier point que le syndicat mixte aurait, en contradiction avec les règles autorisant la conclusion d'un contrat de partenariat, défini seul et à l'avance les solutions techniques et financières du projet dont il poursuit la réalisation, l'exactitude d'une telle allégation n'est pas établie ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les demandes de la SA T.I.R.U. doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L.761-1 du Code de justice administrative :

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L.761-1 du Code de justice administrative, le Tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge ; que les conclusions présentées à ce titre par la SA T.I.R.U. doivent, dès lors, être rejetées ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce de faire droit à la demande du Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères tendant à la condamnation de la société requérante au paiement des frais de l'instance non compris dans les dépens ;

O R D O N N E

Article 1^{er} : La requête de la SA Traitement industriel des résidus urbains est rejetée.

Article 2 : Les conclusions du Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères tendant à l'application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SA Traitement industriel des résidus urbains et au Syndicat mixte de traitement des ordures ménagères.

Fait le 30 août 2006,

Le magistrat délégué,

R. AMSLEM