

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE GRENOBLE

N°1202210

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE EHTP

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Sogno
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 11 mai 2012

Vu la requête enregistrée le 20 avril 2012 et les mémoires enregistrés les 26 avril et 9 mai 2012, présentés pour la SOCIETE EHTP, dont le siège est Parc d'activité de Laurade, Saint-Etienne-du-Grès, BP 47, Tarascon cedex (16156), par Me Pietra ; la SOCIETE EHTP, agissant en sa qualité de mandataire du groupement EHTP/Marais Contracting Services/ Alcatel Lucent, demande :

- l'annulation de la procédure de passation du marché de conception-réalisation de l'infrastructure de collecte et de distribution du réseau d'initiative publique départemental très haut débit de la Haute-Savoie mise en œuvre par le Syndicat des énergies et de l'aménagement numérique de la Haute-Savoie (SYANE) ;
- la condamnation du SYANE à lui verser une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SOCIETE EHTP soutient que :

- la procédure n'a pas été sincère du fait que le candidat retenu a eu connaissance de certains éléments avant les autres candidats et a participé à la rédaction de certains documents du dossier transmis aux entreprises ;
- le règlement de consultation ne comporte aucun des éléments prévus par l'annexe III de l'arrêté du 21 décembre 1993, ni d'avant-projet au sens de la loi du 12 juillet 1985 favorisant l'entreprise retenue qui connaissait exactement les besoins à satisfaire ;
- la prime versée aux candidats est illégale et démontre l'irrégularité de la procédure en avantageant l'entreprise Tutor qui avait une connaissance du projet à établir ;
- les conditions d'utilisation de la procédure de conception-réalisation n'étaient pas réunies ;
- les membres du jury n'ont pas été élus, en violation des articles 69, 24 (1) et 22 du code des marchés publics ; de même, il n'est pas justifié que les maîtres d'œuvre ont été désignés par le président du jury, sont indépendants des candidats et du maître d'ouvrage et sont compétents relativement à l'objet du marché ;
- il n'est pas justifié que le pouvoir adjudicateur a arrêté la liste des candidats admis à concourir comme l'impose l'article 69 du code des marchés publics ;
- au regard de la directive 2004/18/CE, seule la procédure de dialogue compétitif pouvait être appliquée ;

- les conseils du SYANE sont fréquemment sollicités pour la défense de collectivités ayant attribué des marchés à la société Tutor, ce qui démontre l'existence de liens étroits entre ces conseils et l'entreprise Tutor ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 5 mai 2012, présenté pour le SYANE, représenté par son président, par Me Garnier, qui conclut :

- au rejet de la requête ;
- à la suppression de passages outrageants et diffamatoires et à la condamnation de la SOCIETE EHTP à lui verser 3 000 euros de dommages-intérêts au titre de l'article L. 741-2 du code de justice administrative ;
- à la condamnation de la SOCIETE EHTP à lui verser une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le SYANE fait valoir que :

- la société Tutor n'a pas participé à l'élaboration du cahier des charges, son identification sur le fichier DGPF résultant de l'utilisation d'une matrice utilisée comme modèle transmise par une autre collectivité pour la consultation et il n'y a pas eu volonté de dissimulation en supprimant cette mention lors de la rectification du document, mais simplement une correction d'erreur matérielle ;
- cette décomposition des prix dans le document DGPF n'a pas avantageé la société Tutor, qui, par ailleurs, n'a pas disposé d'informations ignorées des autres candidats ;
- les offres que devaient remettre les candidats comportaient bien un avant-projet conformément à l'article 69 du code des marchés publics ;
- le projet est au nombre de ceux pour lesquels la participation de l'entrepreneur aux études est nécessaire, ce qui permet le recours à la procédure de conception-réalisation ;
- le jury n'avait pas à faire l'objet d'une élection spécifique ; les maîtres d'œuvre désignés étaient compétents en la matière et la personnalité dont la participation présente un intérêt particulier a été choisie à juste titre eu égard à son expérience dans le domaine des communications ;
- la liste des candidats admis à concourir a été établie le 21 juin 2011 ;
- la procédure de conception-réalisation est conforme au droit communautaire et peut être assimilée à une forme de dialogue compétitif au sens de ce droit ;
- certains passages du mémoire enregistré le 26 avril 2012 présentent un caractère outrageant et diffamatoire et doivent être supprimés ;
- le préjudice subi du fait de ces écrits doit être réparé par une somme de 3 000 euros ;

Vu le mémoire, enregistré le 9 mai 2012, présenté pour la société Tutor, dont le siège est 83, rue Saint-Fuscien, Amiens (80000), par Me Jaunet, qui conclut :

- au rejet de la requête ;
- à la condamnation de la SOCIETE EHTP à lui verser une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La société Tutor fait valoir que :

- son intervention est recevable ;
- l'utilisation d'un des documents qu'elle avait établi dans le cadre d'un autre marché ne lui a conféré aucun avantage ;
- le choix d'une procédure de conception-réalisation -qui est fréquemment utilisée dans le cadre du développement de réseaux et sur laquelle la requérante n'a formulé auparavant aucune critique- s'imposait, s'agissant d'une opération particulièrement complexe ;
- les prestations à fournir étaient conformes à cette procédure et au surplus, l'absence

- d'avant-projet ne peut être invoqué dans une procédure de référé précontractuel ;
- la commission européenne a reconnu la conformité de la procédure de conception-réalisation au droit communautaire ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;

Vu l'arrêté du 21 décembre 1993 précisant les modalités techniques d'exécution des éléments de mission de maîtrise d'œuvre confiés par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision du 1^{er} septembre 2011 du président du tribunal désignant M. Sogno comme juge des référés ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir présenté son rapport et entendu lors de l'audience publique du 10 mai 2012, les observations de Me Pietra pour la SOCIETE EHTP, de Me Garnier pour le SYANE et de Me Jaunet pour la société Tutor ;

Vu la note en délibéré de la SOCIETE EHTP ;

Sur l'intervention de la société Tutor :

Considérant qu'en sa qualité de candidat retenu à l'issue de la procédure de passation du marché en litige, la société Tutor justifie d'un intérêt pour intervenir en défense ; qu'ainsi, son intervention doit être admise ;

Sur la procédure de passation du marché :

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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « I. Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...) » ; qu'en vertu de ces dispositions, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du

pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant, en premier lieu, que la SOCIETE EHTP soutient que la procédure n'a pas été sincère du fait que la société Tutor, attributaire du marché, a eu connaissance de certains éléments du projet avant les autres candidats et a même participé à la rédaction du dossier transmis aux entreprises ; qu'elle étaye cette affirmation par le constat que le document de décomposition des prix globaux et forfaitaires (DGPF) transmis aux candidats émanait de la société Tutor, par la composition du dossier à remettre qui, ne comportant selon elle aucun des éléments prévus par l'annexe III de l'arrêté du 21 décembre 1993 ni d'avant-projet au sens de la loi du 12 juillet 1985, favorisait l'entreprise attributaire qui connaissait exactement les besoins à satisfaire et par le fait que la prime versée aux candidats était extrêmement faible au regard de la composition du dossier à établir ;

Considérant que le SYANE a versé aux débats un courrier du président du syndicat des communes du pays de Bitche certifiant qu'il avait autorisé l'utilisation, à titre de modèle, des pièces du marché de conception-réalisation qu'il avait passé avec la société Tutor pour l'extension du réseau câblé de sa collectivité ; que cette attestation justifie ainsi de l'origine de la mention contestée de ladite société sur le DGPF ; que l'origine de ce document n'a pas conféré un avantage injustifié à la société Tutor dès lors qu'il ne s'agit que d'un tableau précisant les modalités de présentation des prix, que les candidats à l'attribution du marché – dont le groupement dont est membre la SOCIETE EHTP – sont des acteurs économiques spécialisés dans les réseaux câblés et que l'offre à élaborer reposait sur les caractéristiques du territoire à équiper, de sorte que l'utilisation d'un document provenant d'une des sociétés en concurrence n'était pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité entre les candidats ; que, pour le reste, ni la composition des offres fixée par le règlement de consultation, ni le montant de la prime attribuée aux candidats non retenus ne permet d'établir l'existence d'une participation illégale de la société Tutor à l'élaboration du projet soumis aux entreprises candidates ; qu'enfin, le constat que les conseils du SYANE sont intervenus fréquemment dans des litiges relatifs à l'attribution de marchés à la société Tutor ne peut conduire à attester de l'existence d'une collusion illicite entre cette société et le maître d'ouvrage ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en admettant même que les prestations demandées aux candidats par le règlement de consultation ne soient pas conformes aux exigences de l'article 69 du code des marchés publics, ne comportent aucun des éléments prévus par l'annexe III de l'arrêté du 21 décembre 1993, ni d'avant-projet au sens de la loi du 12 juillet 1985 ou que le projet ne soit pas au nombre de ceux susceptibles de faire l'objet d'un marché de conception-réalisation, tel que le définit l'article 37 du même code, il n'en serait résulté, compte tenu de ce qui a été dit plus haut, aucun manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'il en va de même de la circonstance alléguée que les membres du jury auraient été désignés en violation des articles 69, 24 (I) et 22 du code des marchés publics dès lors qu'il n'apparaît pas que l'une ou l'autre de ces personnes auraient eu un lien avec l'une des entreprises en compétition ou ne seraient pas indépendants vis-à-vis du maître d'ouvrage ;

Considérant, en troisième lieu, que le président du syndicat a établi le 21 juin 2011 la liste des candidats admis à réaliser les prestations ; qu'au surplus, à supposer même le contraire, une telle carence aurait été insusceptible de léser la SOCIETE EHTP ;

Considérant enfin qu'à supposer même que la procédure de conception-réalisation prévue par l'article 37 du code des marchés publics soit en contradiction avec la directive 2004/18/CE, la SOCIETE EHTP ne précise pas en quoi cette circonstance a entraîné un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui aurait lésé ses intérêts ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la SOCIETE EHTP à fin d'annulation de la procédure de passation du marché en litige doivent être rejetées ;

Sur les demandes de suppression d'écrits outrageants et diffamatoires et de dommages-intérêts :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 741-2 du code de justice administrative : « Sont également applicables les dispositions des alinéas 3 à 5 de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 ci-après reproduites : " Art. 41, alinéas 3 à 5. - Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux. / Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts. / Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers. " » ; qu'aux termes de l'article L. 741-3 du même code : « Si des dommages-intérêts sont réclamés à raison des discours et des écrits d'une partie ou de son défenseur, la juridiction réserve l'action, pour qu'il y soit statué ultérieurement par le tribunal compétent, conformément au cinquième alinéa de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 (...) » ;

Considérant que certains passages du mémoire complémentaire de la SOCIETE EHTP enregistré le 26 avril 2012, qui mettent en cause en des termes explicites et sans commencement de preuve l'intégrité d'agents du SYANE, excèdent les limites de la controverse entre parties dans le cadre d'une procédure contentieuse et présentent un caractère outrageant et diffamatoire; qu'il y a lieu d'en ordonner la suppression, comme indiqué dans l'article 3 de la présent ordonnance ;

Considérant qu'il sera fait une juste réparation du préjudice moral subi par le SYANE du fait de ces écrits outrageants et diffamatoires en condamnant la SOCIETE EHTP à lui verser une somme de 1 000 euros ;

Sur les frais de procès :

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 SOCIETE EHTP doivent dès lors être rejetées ;

Considérant que la société Tutor, étant intervenante et non partie à l'instance, ne peut bénéficier des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la SOCIETE EHTP à verser au SYANE une somme de 2 500 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

- Article 1^{er} : L'intervention de la société Tutor est admise.
- Article 2 : La requête de la SOCIETE EHTP est rejetée.
- Article 3 : Les passages suivants du mémoire complémentaire de la société EHTP enregistré le 26 avril 2012 sont supprimés :
- passage commençant par « En ne relevant pas le délit commis (page 5) » et se terminant par « sans aucune chance d'obtenir le marché » (page 6) ;
 - passage commençant par « La faute est d'autant plus grave » et se terminant par « cacher » (page 7) ;
 - passage commençant par « Plus tard » et se terminant par « prix globaux et forfaitaires » (page 7).
- Article 4 : La SOCIETE EHTP est condamnée à verser au Syndicat des énergies et de l'aménagement numérique de la Haute-Savoie une somme de 1 000 euros à titre de dommages-intérêts.
- Article 5 : La SOCIETE EHTP versera au Syndicat des énergies et de l'aménagement numérique de la Haute-Savoie une somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- Article 6 : Les conclusions de la société Tutor présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.
- Article 7 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE EHTP, au Syndicat des énergies et de l'aménagement numérique de la Haute-Savoie et à la société Tutor..

Fait à Grenoble, le 11 mai 2012

Le juge des référés,

C. Sogno

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Savoie en ce qui le concerne ou 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 décision.

« Pour Expédition Conforme »
Le greffier : V. BARNIER

