

Conseil d'État

N° 347720

ECLI:FR:CESSR:2011:347720.20110624

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Frédéric Dieu, rapporteur

M. Nicolas Boulouis, rapporteur public

SCP COUTARD, MAYER, MUNIER-APPAIRE ; SCP PIWNICA, MOLINIE, avocat(s)

lecture du vendredi 24 juin 2011

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu 1°), sous le n° 347720, le recours, enregistré le 22 mars 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté par le MINISTRE DE L'ECOLOGIE, DU DEVELOPPEMENT DURABLE, DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT ; le ministre demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1101159 du 8 mars 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande des sociétés SANEF SA, Siemens Project Ventures GmbH, Atos Worldline SAS et Siemens AG Osterreich, annulé la procédure de passation du contrat de partenariat portant sur le financement, la conception, la réalisation, l'entretien, l'exploitation et la maintenance du dispositif nécessaire à la collecte, à la liquidation et au recouvrement de l'éco-taxe poids lourds nationale régie par les articles 269 à 283 quinquies du code des douanes et de la taxe expérimentale alsacienne régie par l'article 285 septies du code des douanes ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société SANEF SA et autres devant le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise ;

Vu 2°), sous le numéro 347779, le pourvoi sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 24 mars, 7 avril et 2 mai 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil

d'Etat, présentés pour la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A., dont le siège est via Bergamini, 50 à Rome, Italie ; la société requérante demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la même ordonnance du 8 mars 2011 du juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société SANEF SA et autres ;

3°) de mettre à la charge des demandeurs de première instance le versement de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 17 juin 2011, présentée pour la société Sanef SA et autres ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 juin 2011, présentée pour la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A ;

Vu la nouvelle note en délibéré, enregistrée le 21 juin 2011, présentée pour la société Sanef SA et autres ;

Vu l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ;

Vu la loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008, notamment son article 153 ;

Vu le décret n° 2009-345 du 30 mars 2009 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Dieu, Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la société Sanef SA et autres et de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A.,

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Coutard, Mayer, Munier-Apaire, avocat de la société Sanef SA et autres et à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A. ;

Considérant que les pourvois du MINISTRE DE L'ECOLOGIE, DU DEVELOPPEMENT DURABLE, DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT et de la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable à la présente procédure : " 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 contrats de partenariat (...). / 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 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 qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne le 2 mai 2009, l'Etat, représenté par le ministre chargé de l'écologie, a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un contrat de partenariat portant sur le financement, la conception, la réalisation, l'entretien, l'exploitation et la maintenance du dispositif nécessaire à la collecte, à la liquidation et au recouvrement de l'éco-taxe poids lourds nationale régie par les articles 269 à 283 quinquies du code des douanes et de la taxe expérimentale alsacienne régie par l'article 285 septies du code des douanes ; qu'à l'issue de la procédure de dialogue compétitif mise en oeuvre sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, le ministre, par une décision du 14 janvier 2011, a classé première l'offre de la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A. et deuxième l'offre remise par le groupement composé de la société Sanef SA, de la Caisse des dépôts et consignations, de la société Egis Projects SA, de la société Atos Wordline SAS et de la société Siemens Project Ventures GmbH ; que, par une décision du 8 février 2011, le ministre a déclaré cette société attributaire du contrat de

partenariat ; que, par l'ordonnance attaquée du 8 mars 2011, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, à la demande des sociétés Sanef SA, Atos Wordline SAS, Siemens Project Ventures GmbH et Siemens Österreich, a annulé la procédure de passation du contrat ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 du référé précontractuel 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 ; que, par suite, en annulant la procédure de passation litigieuse aux motifs que l'évolution de la candidature de la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A. était contraire aux principes de transparence et d'intangibilité des candidatures ainsi qu'aux dispositions du règlement de la consultation, que certains des critères d'attribution du contrat avaient été définis avec une marge excessive d'imprécision et que l'impartialité des conseils de l'Etat n'était pas suffisamment établie, sans se prononcer sur le point de savoir si ces irrégularités, à les supposer établies, étaient susceptibles d'avoir lésé ou risquaient de léser les sociétés requérantes, le juge des référés a commis une erreur de droit ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, le MINISTRE DE L'ECOLOGIE, DU DEVELOPPEMENT DURABLE, DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT et la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A. sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

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 titre de la procédure de référé engagée par la société Sanef et autres ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que le " Groupement Ecomouv " dont la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A., déclarée attributaire du contrat de partenariat litigieux, a proposé la création dans le cadre de son offre et dont elle devait détenir le contrôle, était destiné, non pas à lui succéder en cours de procédure en tant que candidat à l'attribution du contrat, mais à constituer la future " société de projet " cocontractante de l'Etat, prévue à l'article 3.2.4 du règlement de la consultation complémentaire n° 4 intitulé " Signature du contrat par l'Etat avec la société de projet dédiée et notification du contrat " ; que la société attributaire s'est ainsi conformée aux dispositions de l'article 1.1 de l'annexe 4 au règlement de la consultation en précisant " la forme juridique de la société de projet, la composition de l'actionnariat (...) et les éventuels liens capitalistiques entre les actionnaires " ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le ministre aurait méconnu l'exigence d'intangibilité des candidatures énoncée à l'article 2.9 du règlement de la consultation en attribuant le contrat à un groupement " Ecomouv " dont la candidature aurait succédé à celle de la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A., manque en fait ;

Considérant, en deuxième lieu, que si les sociétés requérantes soutiennent que le ministre a appliqué de manière imprécise et discriminatoire les règles relatives au commissionnement, issues des dispositions du III de l'article 153 de la loi du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, en présentant aux candidats le 2 juillet 2010 un projet de décret de commissionnement interdisant toute délégation du commissionnement à une société d'exploitation sous-traitante du titulaire du contrat et en donnant une définition très étendue des tâches relevant du commissionnement, elles n'établissent ni même n'allèguent que le projet de décret était contraire à ces dispositions législatives prévoyant que le futur prestataire serait titulaire d'une commission délivrée par l'administration des douanes et droits indirects dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat et seul responsable de la collecte de la taxe vis-à-vis de l'administration des douanes et droits indirects ; qu'en tout état de cause, les sociétés requérantes, dont l'offre a correctement pris en compte les contraintes liées au commissionnement, ne démontrent pas en quoi ce manquement, à le supposer établi, les aurait lésées ou aurait été susceptible de les léser en avantageant la SOCIETE AUTOSTRAD PER L'ITALIA S.P.A. ; que, par suite, le moyen doit être écarté ;

Considérant, en troisième lieu, que, parmi les critères d'attribution énoncés à l'article 2.19 du règlement de la consultation figuraient un critère intitulé " délai de mise en service du dispositif, crédibilité des moyens proposés pour le respecter et garanties associées proposées par le candidat (pondération 15 %) " ainsi qu'un critère intitulé " objectifs de performance (y compris en matière de développement durable) et crédibilité des moyens proposés pour les atteindre (pondération 10 %) " ; que, s'agissant du critère de délai, l'annexe 2 au règlement de la consultation intitulée " Cadre du mémoire technique à remettre par le candidat au stade de la proposition initiale " indiquait précisément, dans sa cinquième partie, les différentes étapes que devait respecter et présenter le candidat, de la conception à la réalisation puis à la mise à disposition du dispositif ; qu'il appartenait ainsi au candidat, dans ce cadre précisément détaillé, d'indiquer les délais qu'il se proposait de respecter et les moyens auxquels il envisageait de recourir pour ce faire ; que, s'agissant du critère relatif aux objectifs de performance, la quatrième partie de l'annexe 2 au règlement de la consultation n° 4 intitulée " Contrôle du prestataire " indiquait en son paragraphe 1 que le candidat pourrait " proposer une amélioration des niveaux objectifs de performance figurant à l'annexe 19 du contrat de partenariat lorsque cette faculté est offerte ", tandis que cette annexe prévoyait dans ses parties B et C que les objectifs de performance pour lesquels le candidat pourrait proposer des résultats plus ambitieux que ceux attendus et indiqués par l'Etat étaient le taux de performance de la collecte, l'accessibilité des services de distribution de catégorie 1, le taux de performance du contrôle des redevables et le délai de mise à jour de la base de données des anomalies ; qu'ainsi, les documents de la consultation énonçaient précisément quelles étaient les attentes de l'Etat et les obligations des candidats en matière de délai de mise en oeuvre du dispositif et d'objectifs de performance ; que, par suite, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que les critères de crédibilité des délais et des objectifs de performance ont été définis avec une marge excessive d'imprécision ;

Considérant, en quatrième lieu, que si les requérantes soutiennent que le critère du coût global de l'offre est illégal en ce que son imprécision, tenant à l'absence de différenciation entre les différents éléments de coût, ne permettait pas d'identifier l'offre la plus avantageuse économiquement, il résulte de l'instruction que les différentes composantes de ce coût, notamment les différentes redevances devant être versées par l'Etat au titulaire du contrat et les données économiques fondant les simulations financières, étaient

précisément énoncées et définies par les annexes 4 et 5 au règlement de la consultation ; qu'ainsi, le moyen tiré de l'excessive imprécision du critère du coût global de l'offre doit être écarté ; qu'en tout état de cause, il ne résulte pas de l'instruction que la définition de ce critère a conduit à avantager l'offre de la société attributaire par rapport à celle des sociétés requérantes ;

Considérant, en cinquième lieu, qu'au cours de la procédure, au stade de l'envoi du dossier définitif des offres finales, le ministre a demandé à tous les candidats de proposer un nouveau " démonstrateur " destiné à simuler les aspects du dispositif relatifs à la collecte de la taxe ; que les caractéristiques de ce nouveau démonstrateur, distinct de celui initialement exigé des candidats, ont été indiquées aux candidats à l'annexe 3 du règlement de la consultation complémentaire n° 4 ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que cette demande, adressée de manière identique à tous les candidats, était dépourvue d'utilité et conduisait à abaisser le niveau des exigences techniques attendues de ces derniers en la matière ; que, par suite, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que le ministre, en exigeant un second démonstrateur après modification du règlement de la consultation, a porté atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats et favorisé les candidats moins performants techniquement tels que, selon elles, la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A. ;

Considérant, en sixième lieu, que, contrairement aux allégations des requérantes il ne résulte de l'instruction, ni que l'offre de la société attributaire ne respectait pas les exigences des documents de la consultation relatives au fonctionnement du dispositif à températures basses extrêmes, ni que l'ensemble des documents remis aux candidats ne leur auraient pas donné des informations précises sur les objectifs à mettre en oeuvre sur ce point ;

Considérant, en septième lieu, qu'il ne résulte pas davantage de l'instruction que le système de notation des offres retenu par le ministre aurait été défini et mis en oeuvre de manière à avantager la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A. par rapport aux sociétés requérantes ; que ces dernières ne sauraient par ailleurs invoquer utilement les erreurs qu'aurait commis le ministre dans l'appréciation de la valeur de leur offre, dès lors qu'il appartient au juge des référés précontractuels de relever des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence mais non d'apprécier les mérites respectifs des offres ;

Considérant, en dernier lieu, qu'il résulte de l'instruction que, dans le cadre de la procédure litigieuse, le ministre s'est adjoint le conseil et le concours techniques des sociétés Carte Blanche Conseil et Rapp Trans AG ; que les sociétés requérantes soutiennent que, dès lors qu'il s'agit de filiales à 100 % du groupe suisse Rapp AG qui a développé des liens commerciaux avec la société attributaire du contrat de partenariat, le principe d'impartialité a été méconnu ;

Considérant toutefois, d'une part, que le fait de recourir à l'assistance technique de sociétés filiales d'un groupe qui a collaboré ponctuellement avec la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A. dans le cadre de projets de télépéage poids lourds lancés en Autriche et en Pologne, ne saurait, à lui seul, caractériser un manquement à

l'impartialité de la part de ces conseils extérieurs dans le cadre de la présente procédure ; qu'il résulte à cet égard de l'instruction, et qu'il n'est d'ailleurs pas contesté par les sociétés requérantes, que cette collaboration ponctuelle ne représentait que 0,4 % du chiffre d'affaires du groupe Rapp ; qu'au demeurant, la spécificité des prestations d'assistance technique en cause peut rendre inéluctable l'existence de relations d'affaires antérieures, dans d'autres pays, entre ces sociétés de conseil et des sociétés candidates, spécialisées dans les projets de télépéages ;

Considérant, d'autre part, qu'au cours de la procédure litigieuse, l'Etat s'est également adjoint le concours d'une commission consultative créée par le décret du 30 mars 2009 relatif aux modalités d'application du III de l'article 153 de la loi du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, présidée par un membre du Conseil d'Etat et chargée de l'assister et d'émettre un avis sur la sélection et le choix des candidats et notamment sur les aspects techniques de leurs offres tels qu'analysés par les conseils techniques ; que, s'agissant des conditions d'intervention de ces derniers, l'article 9 du cahier des clauses administratives particulières du marché conclu par l'Etat et les sociétés Carte Blanche Conseil et Rapp Trans AG, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres ouvert européen, a interdit à ces sociétés, ainsi qu'à celles qui leur seraient liées et à leurs cocontractants, de participer aux côtés d'un candidat, de manière directe ou indirecte, à l'attribution du contrat de partenariat ; qu'enfin, après qu'eurent été déposées les candidatures à l'attribution de ce contrat et qu'eut donc été connue l'identité des candidats, les sociétés Carte Blanche Conseil et Rapp Trans AG ont, à la demande de l'Etat, signé des engagements de confidentialité leur interdisant de communiquer toute information à un tiers non signataire de ces engagements et d'entrer en relation commerciale avec un tiers qui, dans un domaine ayant un lien direct avec le projet de contrat de partenariat, envisagerait de se fonder sur des informations obtenues dans le cadre de ce projet ; que dans ces conditions, et alors qu'il ne résulte pas de l'instruction qu'en l'espèce l'égalité entre les candidats aurait été rompue par un défaut d'impartialité imputable aux sociétés de conseil technique auxquelles l'Etat a eu recours, le moyen des sociétés requérantes doit être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir soulevée par le ministre, la demande des sociétés Sanef et autres tendant à l'annulation de la procédure litigieuse doit être rejetée ;

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 de l'Etat et de la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A., qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes, la somme que demandent la société Sanef et autres au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre la somme globale de 4 500 euros à la charge des sociétés Sanef et autres au titre des frais exposés par la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A., tant devant le Conseil d'Etat que le tribunal administratif de Cergy-Pontoise ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 8 mars 2011 est annulée.

Article 2 : La demande des sociétés Sanef SA, Atos Worldline SAS, Siemens Project Ventures GmbH et Siemens Österreich devant le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise et leurs conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Les sociétés Sanef SA, Atos Worldline SAS, Siemens Project Ventures GmbH et Siemens Österreich verseront la somme globale de 4 500 euros à la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A. en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la MINISTRE DE L'ECOLOGIE, DU DEVELOPPEMENT DURABLE, DES TRANSPORTS ET DU LOGEMENT, à la SOCIETE AUTOSTRADE PER L'ITALIA S.P.A., à la société Sanef, à la société Siemens Project venture, à la société Atos Worldline et à la société Siemens Österreich.