

Conseil d'État

N° 366864

ECLI:FR:CESJS:2013:366864.20130717

Inédit au recueil Lebon

7ème sous-section jugeant seule

M. Fabrice Aubert, rapporteur

M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

HAAS ; SCP NICOLAY, DE LANOUELLE, HANNOTIN ; SCP BARADUC, DUHAMEL, avocats

Lecture du mercredi 17 juillet 2013

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi, enregistré le 15 mars 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour le département de la Guadeloupe, représenté par le président du conseil général ; le département de la Guadeloupe demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1300070-1300071-1300072-1300073-1300074-1300075-1300076-1300077-1300078 du 26 février 2013 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et sur renvoi du Conseil d'Etat, a, d'une part, annulé la procédure de passation des lots nos 3, 4, 5, 8, 9, 10, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 88, 89, 91, 92, 93, 94, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123 et 124 du marché public de transport scolaire lancée par le département de la Guadeloupe et, d'autre part, enjoint au département de la Guadeloupe de reprendre intégralement la procédure de passation des marchés relatifs à ces lots ;

2°) statuant en référé, de rejeter les demandes des sociétés Pajamandy, Finocar, Transports Thomas Pajamandy, Tropic Transports, CGTS, Samaryl, Commin Roger et de la société de transport Delannay D ;

3°) de mettre à la charge des sociétés SA Pajamandy, Finocar, Transports Thomas Pajamandy, Tropic Transports, CGTS, Samaryl, Commin Roger et de la société de transport Delannay D le versement de la somme de 2 500 euros au titre 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. Fabrice Aubert, Auditeur,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à Me Haas, avocat du département de la Guadeloupe, à la SCP Baraduc, Duhamel, avocat de la société Pajamandy et de la société Tropic transports et à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société CGTS, de la société Samaryl et de la société Commin Roger ;

1. 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 (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce 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. (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 du même code : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) " ;

2. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par avis d'appel public à la concurrence publié le 16 mars 2012, le département de la Guadeloupe a lancé la procédure de passation d'un marché de transport scolaire par autocar ; qu'aux termes du règlement de la consultation, les offres devaient être notées, d'une part, sur un critère de prix en fonction de l'écart de prix entre l'offre évaluée et le prix moyen proposé par l'ensemble des candidats pour le même lot et, d'autre part, sur un critère portant sur l'âge des véhicules, aucun véhicule de plus de quinze ans ne pouvant être proposé ; que, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative par plusieurs candidats évincés, le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre a annulé la procédure de passation pour ceux des lots du marché dont il était saisi ; que, toutefois, le Conseil d'Etat a, par ordonnances prises sur le fondement de l'article R. 122-12 du code de justice administrative, fait droit aux pourvois en cassation formés contre neuf des ordonnances ainsi rendues en première instance et a renvoyé au juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre les demandes des sociétés Pajamandy, Finocar, Transports Thomas Pajamandy, Tropic Transports, CGTS, Samaryl et Commin Roger et de la société de transport Delannay D ; que par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre, statuant sur renvoi du Conseil d'Etat, a fait droit à ces demandes au motif que le critère de sélection portant sur l'âge des véhicules était irrégulier ;

3. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : " I - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché (...) / 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix " ; que, d'autre part, lorsque le recours à un critère a pour effet d'imposer une spécification technique aux candidats à un marché de services, il y a lieu d'examiner, pour l'application du IV de l'article 6 code des marchés publics, si la spécification technique a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle ;

4. Considérant que pour juger irrégulier le critère portant sur l'âge des véhicules, le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre a estimé que le recours à ce critère, qui instituait une discrimination entre les candidats, n'était pas justifié par l'objet du marché ; qu'en statuant ainsi, alors que l'utilisation d'un tel critère se rapportant objectivement aux caractéristiques de confort, de sécurité et d'efficience que le pouvoir adjudicateur était en droit d'attendre des véhicules proposés par les candidats, était manifestement justifié par l'objet du marché, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier ; que, par suite, son ordonnance doit être annulée ;

5. Considérant qu'aux termes du second alinéa de l'article L. 821-2 du code de justice administrative :
" Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire " ; qu'il y a lieu, par suite, de régler l'affaire en référé ;

6. Considérant que les requêtes de la société Pajamandy, de la société Finocar, de la société Transports Thomas Pajamandy, de la société Tropic transports, de la société CGTS, de la société de transport Delannay D, de la société Samaryl et de la société Commin Roger sont dirigées contre des lots d'un même marché et présentent à juger des questions communes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur le non lieu à statuer :

7. Considérant que par ordonnance du 20 décembre 2012, le président de la 7ème sous-section du Conseil d'Etat a annulé les lots n° 100 et 102 du marché ; que, par suite, il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions tendant à l'annulation de ces lots ;

Sur les manquements invoqués :

8. Considérant, en premier lieu, qu'ainsi qu'il a été dit, le critère de l'âge des véhicules n'est pas entaché d'irrégularité ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que s'il est soutenu que le pouvoir adjudicateur a méconnu ses obligations résultant de l'article 55 du code des marchés publics en ne demandant pas aux candidats de s'expliquer sur certains prix particulièrement bas, il résulte toutefois de l'instruction que le pouvoir adjudicateur s'est acquitté de cette obligation pour l'ensemble des offres soupçonnables d'être anormalement basses ;

10. Considérant, en troisième lieu, qu'il est soutenu que le pouvoir adjudicateur a nécessairement, au vu des notes attribuées sur le critère du prix, soit commis une erreur dans l'application de la méthode de notation, soit retenu certaines offres anormalement basses ; que toutefois il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur de calcul dans l'application de la méthode de notation sur le critère du prix, qui était suffisamment précise et compréhensible, ni commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne rejetant pas comme anormalement basses certaines offres retenues ;

11. Considérant, en quatrième lieu, que lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite, en cours de procédure et avant la remise des offres, modifier un élément de la consultation, il n'est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence rectificatif que si cette modification est substantielle ; qu'en l'espèce, la suppression d'un unique lot sur les 124 lots du marché, dès la diffusion du dossier de la consultation aux entreprises, ne saurait être regardée comme une modification substantielle et

n'avait pas, contrairement à ce qui est soutenu, à faire l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence rectificatif ;

12. Considérant, en cinquième lieu, que l'évaluation des offres reposant sur des critères objectifs que sont le prix et l'âge des véhicules, le pouvoir adjudicateur pouvait, sans méconnaître son obligation de motiver le rejet des offres résultant de l'article 80 du code des marchés publics, se borner à communiquer aux candidats évincés un tableau comparant, pour les deux critères et pour chacun des lots, leurs notes à celles du candidat retenu ;

13. Considérant, en sixième lieu, qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : " Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...) " et qu'aux termes de l'article 35 du même code : " une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. " ; que, par suite, le pouvoir adjudicateur pouvait régulièrement, par des décisions suffisamment motivées, éliminer comme inacceptables l'offre de la société CGTS pour les lots nos 3, 4, 5, 30, 58 et 82, l'offre de la société Samaryl pour le lot n° 58 et l'offre de la société Commin Roger pour le lot n° 69, au motif que leur prix excédait le montant des crédits budgétaires alloués à ces lots ;

14. Considérant, en septième lieu, qu'aux termes de l'article 35 cité ci-dessus : " (...) Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) " ; qu'il résulte de ces dispositions que la société CGTS n'est pas fondée à soutenir que le département de la Guadeloupe aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en éliminant comme irrégulière son offre pour les lots nos 12, 45 et 75 au motif que les moyens matériels présentés par la société pour ces lots ne satisfaisaient pas aux exigences minimales du marché ;

15. Considérant, en revanche, que, d'une part, la société CGTS, qui a fourni au département des explications satisfaisantes quant à la faiblesse de son prix pour le lot n° 68, est fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste en éliminant comme anormalement basse son offre pour ce lot ; que, d'autre part, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent, lorsqu'ils choisissent d'évaluer les offres par plusieurs critères pondérés, recourir à des méthodes de notation conduisant à l'attribution, pour un ou plusieurs critères, de notes négatives, dès lors qu'une telle note, en se soustrayant aux notes obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale, serait susceptible de fausser la pondération relative des critères initialement définie et communiquée aux candidats ; qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que le département de la Guadeloupe a adopté, pour la notation sur le critère du prix, une méthode le conduisant à attribuer des notes négatives à certains candidats ; que les sociétés Pajamandy, Samaryl, Commin Roger, CGTS et Tropic transports sont dès lors fondées à soutenir qu'il a, ce faisant, manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour l'ensemble des autres lots qu'elles contestent ;

Sur la lésion des sociétés requérantes :

En ce qui concerne la lésion de la société Pajamandy :

16. Considérant que la société Pajamandy demande l'annulation de la procédure de passation des lots nos 8, 16, 17, 18, 19, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 66, 67, 68, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 120 et 121 du marché ;

17. Considérant que la société Pajamandy présentait, pour le lot n° 79, le prix le plus bas parmi les candidats ayant obtenu la note maximale sur le critère de l'âge des véhicules ; que, par suite, le manquement ayant consisté à appliquer une méthode de notation irrégulière sur le critère du prix est susceptible de l'avoir lésée pour ce lot ; qu'il y a lieu d'annuler la procédure de passation du lot n° 79 à compter de l'examen des offres ;

18. Considérant, toutefois, que la société Pajamandy n'était pas la mieux-disante sur le critère du prix parmi les sociétés ayant obtenu la meilleure note sur le critère de l'âge des véhicules pour les autres lots à l'attribution desquels elle s'est portée candidate ; que, par suite, elle n'a pu être lésée par le manquement relevé en ce qui concerne ces lots dès lors qu'elle n'était, quelle que soit la méthode de notation retenue sur le prix, pas susceptible de les remporter ;

En ce qui concerne la lésion de la société Tropic transports :

19. Considérant que la société Tropic transports demande l'annulation de la procédure de passation des lots nos 48, 49, 50, 51, 53, 61, 77, 120 et 122 du marché ;

20. Considérant que la société Tropic transports présentait le prix le plus bas pour le lot n°50 ; que, par suite, le manquement ayant consisté à appliquer une méthode de notation irrégulière sur le critère du prix est susceptible de l'avoir lésée pour ce lot ; qu'il y a lieu d'annuler la procédure de passation du lot n° 50 à compter de l'examen des offres ;

21. Considérant, toutefois, que la société Tropic transports a obtenu une note égale ou inférieure à celle de l'attributaire sur le critère de l'âge des véhicules et proposait un prix plus élevé que l'attributaire pour l'ensemble des autres lots à l'attribution desquels elle s'est portée candidate ; que, par suite, elle n'a pu être lésée par le manquement relevé en ce qui concerne ces lots dès lors qu'elle n'était, quelle que soit la méthode de notation retenue sur le prix, pas susceptible de les remporter ;

En ce qui concerne la lésion de la société Samaryl :

22. Considérant que la société Samaryl demande l'annulation de la procédure de passation des lots nos 34, 35, 36, 37, 39, 40, 57, 58, 60, 78 et 119 ; que son offre a été éliminée comme inacceptable pour le lot n° 58 et qu'elle n'a dès lors pas été lésée par le manquement relevé pour ce lot, sur lequel elle n'a pas été notée ;

23. Considérant que la société Samaryl n'était pas, pour l'ensemble des autres lots, la mieux-disante sur le critère du prix parmi les sociétés ayant obtenu une note au moins égale sur le critère de l'âge des véhicules ; que, par suite, elle n'a pu être lésée par le manquement relevé ;

En ce qui concerne la lésion de la société Commin Roger :

24. Considérant que la société Commin Roger demande l'annulation de la procédure de passation des lots nos 66, 67, 69, 70, 84, 85, 88, 91, 92, 93, 101, 103, 104, 105, 106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117 et 118 ; qu'ainsi qu'il a été dit, son offre a été éliminée comme inacceptable pour le lot n° 69, pour lequel elle n'a pu être lésée par le manquement relevé ;

25. Considérant que pour l'ensemble des autres lots à l'attribution desquels elle s'est portée candidate, la société Commin Roger a obtenu une note égale ou inférieure à celle de l'attributaire sur le critère de l'âge des véhicules et proposait un prix plus élevé que l'attributaire ; que, par suite, elle n'a pu être lésée par le manquement relevé ;

En ce qui concerne la lésion de la société CGTS :

26. Considérant que la société CGTS demande, sous la requête n° 1300074, l'annulation de la procédure pour les lots nos 3, 5, 12, 30, 45, 48, 75 et 82 et, sous la requête n° 1300077, l'annulation de la procédure pour les lots nos 9, 33, 41, 46, 68, 81, 109 et 120 ; que pour l'ensemble des lots dont elle demande l'annulation sous le n° 1300074, ses offres ont été éliminées comme inacceptables ou irrégulières ; qu'elle n'a pu être lésée par le manquement relevé en ce qui concerne ces lots, sur lesquels son offre n'a pas été notée ;

27. Considérant que pour l'ensemble des autres lots à l'attribution desquels elle s'est portée candidate, la société CGTS a obtenu une note égale ou inférieure à celle de l'attributaire sur le critère de l'âge des véhicules et proposait un prix plus élevé que l'attributaire ; que, par suite, elle n'a pu être lésée par le manquement relevé relatif à la méthode de notation ; que toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 15, la société CGTS est fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations en rejetant son offre pour le lot n° 68 comme anormalement basse ; qu'elle a été lésée par ce manquement ;

28. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la procédure doit être annulée pour le lot n° 68 au stade de l'examen des offres ;

29. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les procédures de passation des lots nos 50, 68 et 79 du marché contesté sont annulées à compter de l'examen des notes ; qu'il est enjoint au département de reprendre la procédure à ce stade s'il entend attribuer les lots nos 50, 68 et 79 ;

Sur les conclusions au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

30. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge des sociétés Pajamandy, CGTS et Tropic transports qui ne sont pas, dans les présentes instances, les parties perdantes ; qu'il n'y a pas non plus lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions des sociétés candidates et aux conclusions présentées au même titre par le département de la Guadeloupe, tant devant le Conseil d'Etat que devant le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre ;

D E C I D E :

Article 1er : l'ordonnance du 26 février 2013 du juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre est annulée.

Article 2 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions présentées par la société Pajamandy devant le tribunal administratif de Basse-Terre et tendant à l'annulation des lots nos 100 et 102 du marché.

Article 3 : Les conclusions des sociétés Finocar, Transports Thomas Pajamandy, Samaryl, Commin Roger et de la société de transport Delannay D au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative devant le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre sont rejetées.

Article 4 : Les procédures de passation des lots nos 50, 68 et 79 du marché sont annulées au stade de l'examen des offres.

Article 5 : Il est enjoint au département de la Guadeloupe, s'il entend attribuer les lots nos 50, 68 et 79 d'en reprendre la procédure d'attribution au stade de la notation des offres.

Article 6 : Le surplus de conclusions des parties est rejeté, y compris leurs conclusions sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, tant devant le Conseil d'Etat que devant le juge des référés du tribunal administratif de Basse-Terre.

Article 7 : La présente décision sera notifiée au département de la Guadeloupe, à la société CGTS, à la société Commin Roger, à la société Samaryl, à la société de transports les 6F, à la société Tropic tours, à la société Pajamandy, à la société Finocar, à la société Transports Thomas Pajamandy, à la société Tropic transports, à la société de transport Delannay D, à la société Voyageurs, à la société Translom, à la société Transka, à la société Transport Virapin, à la société STEP, à la société SETD, à la société Navy Roby, à la société Ramsamy Guy et fils, à la société Concept transport, à la société Transport Pierre, à la société Ramsamy, à la société Alize transport et cie, à la société Transport Nayagon, à la Société de transport Mause, à la société Transport Valerius, à la société Transport Ramassamy Rémi, à la société Trans'fatt, au GIE de Saint-Francois, à la société Ramanaidou, à la société Trans'vet, à la société Transdorv, à la société Transport du centre, à la société AJC trans et à la société de transport Pierre Robert.