

Conseil d'État

N° 363244

ECLI:FR:CESSR:2013:363244.20130220

Inédit au recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Fabrice Aubert, rapporteur

M. Bertrand Dacosta, rapporteur public

SCP POTIER DE LA VARDE, BUK LAMENT ; SCP DELAPORTE, BRIARD, TRICHET,
avocat(s)

lecture du mercredi 20 février 2013

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 4 octobre et 18 octobre 2012 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société American Express Voyages, dont le siège est 4 rue Louis Blériot à Rueil Malmaison (92560) ; la société demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1215920 du 19 septembre 2012 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à la demande de la société Carlson Wagonlit Travel France, a annulé la procédure de passation du marché relatif à la fourniture de prestations d'agence de voyages pour le ministère de l'intérieur, lancée le 17 mars 2012 ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Carlson Wagonlit Travel France ;

3°) de mettre à la charge de la société Carlson Wagonlit Travel France le versement d'une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 1er février 2013, présentée pour la société American Express Voyages ;

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 observations de la SCP Potier de la Varde, Buk Lament, avocat de la société American Express Voyages, et de la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la société Carlson Wagonlit Travel France,

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

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Potier de la Varde, Buk Lament, avocat de la société American Express Voyages, et à la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la société Carlson Wagonlit Travel France ;

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 17 mars 2012, le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration a lancé, sur le fondement de l'article 28 du code des marchés publics, une procédure de passation d'un marché relatif à la fourniture de prestations de transport et d'hébergement ; que le dossier de consultation prévoyait que les offres seraient évaluées sur la base d'un critère de valeur technique et d'un critère financier ; que la société Carlson Wagonlit Travel France, prestataire sortant et candidat évincé, a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de conclusions tendant à l'annulation de la procédure ; que la société American Express Voyages, attributaire du marché, se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 19 septembre 2012 par laquelle le juge des référés a fait droit aux conclusions de la société Carlson Wagonlit Travel France et a annulé la procédure dans sa totalité ;

3. Considérant que s'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant de la définition par le pouvoir adjudicateur d'un système d'évaluation des offres susceptible de conduire au choix de celle qui n'est pas économiquement la plus avantageuse, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur dans le choix des critères et de leurs modalités de mise en oeuvre, eu égard aux diverses possibilités dont il dispose en la matière ;

4. Considérant que pour annuler la procédure, le juge des référés a relevé que le prix des prestations n'était jugé qu'au moyen du sous-critère " rémunération variable " qui portait sur le taux d'évolution du prix moyen des billets d'avion, sur la méthode d'indexation des prix et enfin sur le taux d'évolution du nombre de billets à prix réduit ayant une incidence financière pour l'administration en cas d'annulation ou de modifications, dénommés billets " à contrainte " ; qu'il a estimé qu'en l'absence, premièrement, de sanction contractuelle dissuasive contre le prestataire ne respectant pas la proposition de diminution du prix moyen des billets et du taux d'augmentation des billets " à contrainte " formulée dans son offre et, deuxièmement, d'obligation faite aux candidats de décrire par quels moyens ils entendaient atteindre ces objectifs, le pouvoir adjudicateur ne s'était pas assuré de choisir l'offre du candidat qui pratiquerait effectivement les tarifs les plus compétitifs et avait ainsi manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

5. Considérant toutefois qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juges des référés que le critère financier du marché comportait, outre le sous-critère de rémunération variable, un sous-critère portant sur la rémunération fixe, indexée sur les charges du titulaire du marché et sur la part de recettes reversée à l'Etat ; que pour ce sous-critère, les candidats devaient proposer une rémunération fixe maximum par niveau de chiffre d'affaires ; qu'ils étaient ainsi mis en concurrence, avec une incidence directe sur leur rémunération réelle en phase d'exécution du contrat, d'une part, sur leur capacité à rechercher des économies pour l'administration et, d'autre part, sur leur capacité à présenter des coûts de fonctionnement nets les plus bas possibles ; que, dans ces conditions, en estimant que le critère financier mis en oeuvre par le pouvoir adjudicateur ne permettait pas de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son ordonnance doit être annulée ;

6. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de statuer sur la demande en référé en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

7. Considérant, en premier lieu, que pour leur permettre d'élaborer leur offre sur le sous-critère de la rémunération variable, le pouvoir adjudicateur a indiqué aux candidats, dans les documents de la consultation, que le taux de recours aux billets " à contrainte " était estimé, dans le cadre du marché en cours, à soixante-dix pour cent des billets d'avion, hors ceux utilisés pour la reconduite à la frontière d'étrangers ayant fait l'objet d'une mesure d'éloignement, qui ne peuvent, à raison du besoin fréquent de les modifier, être des billets " à contrainte " ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que le taux réel d'usage des billets " à contrainte " était de soixante-dix pour cent pour l'ensemble des billets, y compris ceux utilisés pour la reconduite à la frontière d'étrangers ayant fait l'objet d'une mesure d'éloignement, lesquels représentent quarante-cinq pour cent de l'ensemble des billets achetés ; qu'en communiquant ainsi aux candidats une information erronée sur un élément essentiel à l'élaboration de leurs offres, le ministre de l'intérieur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

8. Considérant, en second lieu, que cette information erronée conduisait à

sous-estimer de moitié le nombre de billets " à contrainte " réellement vendus dans le cadre du marché en cours et, dès lors, à une importante surestimation du potentiel d'évolution du taux de recours à ces billets dans le cadre du futur marché ; que, contrairement à ce que soutient le ministre de l'intérieur, il n'a pas été demandé à la société Carlson Wagonlit Travel France, ce dont le précédent marché dont elle était titulaire ne lui faisait pas non plus obligation, de calculer le nombre exact de billets à contrainte en vue de sa diffusion à l'ensemble des candidats préalablement au dépôt des offres, nombre qu'elle a au demeurant communiqué à l'administration une fois le calcul effectué pour son propre compte en vue de l'élaboration de son offre ; que, par suite le manquement relevé est susceptible d'avoir lésé, dès le stade de l'élaboration des offres, la société Carlson Wagonlit Travel France dont, au surplus, l'offre a été sur ce point moins bien notée que celle de la société American Express Voyages alors qu'elle comportait, pour la première année du marché, un nombre de billets à contrainte supérieur à l'offre de cette société ; que la société Carlson Wagonlit Travel France est, par suite, fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché dans son intégralité ;

9. Considérant qu'il y a lieu, en application des dispositions de l'article

L. 761-1 du code de justice administrative, de mettre à la charge de la société American Express Voyages la somme de 4 500 euros à verser à la société Carlson Wagonlit Travel France au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens pour la procédure suivie devant le Conseil d'Etat et le juge des référés du tribunal administratif de Paris ; qu'en revanche ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société Carlson Wagonlit Travel France, qui n'est pas la partie perdante, le versement de la somme demandée au même titre par la société American Express Voyages ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du 19 septembre 2012 du juge des référés du tribunal administratif de Paris est annulée.

Article 2 : La procédure de passation du marché de prestations de transport et d'hébergement du ministère de l'intérieur est annulée.

Article 3 : La société American Express Voyages versera la somme de 4 500 euros à la société Carlson Wagonlit Travel France au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la société American Express Voyages présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée à la société American Express Voyages, à la société Carlson Wagonlit Travel France et au ministre de l'intérieur.