

N° 1301216

Société Eiffage TP

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Ordonnance du 2 décembre 2013

Le Président du Tribunal administratif
de Saint-Denis,

39-08

Vu la requête enregistrée le 25 octobre 2013 et le mémoire portant production de pièces enregistré le 31 octobre 2013, présentés pour la société Eiffage TP, dont le siège est situé 2 rue Hélène Boucher à Neuilly-sur-Marne (93330), représentée par la SNC Eiffage Travaux Publics Gestion et Développement, par Me Aguila, avocat ; la société Eiffage TP demande au juge des référés :

- d'annuler, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure de passation du lot 2 « marché n° 3 relatif aux travaux de réalisation du viaduc en mer de 5400 mètres » dans le cadre du projet de construction de la Nouvelle Route du Littoral ;

- de condamner la région Réunion à lui verser une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que l'admission de la candidature du groupement Vinci-Bouygues, en méconnaissance des dispositions de l'article 51 du code des marchés publics, est irrégulière ;

- que l'obligation de mise en concurrence inclut le respect des règles de libre concurrence par le pouvoir adjudicateur ;

- que la région Réunion a ainsi commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- que l'offre du candidat évincé a fait l'objet d'un examen superficiel qui a conduit à entacher les motifs du rejet de l'offre de nombreuses inexactitudes ;

- que la motivation du rejet de l'offre est insuffisante de sorte que la société Eiffage TP n'a pas été mise en mesure de contester utilement l'appréciation portée sur la valeur technique de son offre ;

- que cette insuffisance caractérise un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 4 novembre 2013, présenté pour la région Réunion, par la SCP Alain Monod-Bertrand Colin, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Eiffage TP à lui verser une somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que la requête est irrecevable, le marché ayant été signé après l'expiration du délai de standstill et le groupement Eiffage n'ayant pas informé la région de l'introduction de son recours ;
- que le juge du référé précontractuel ne peut donc plus se prononcer ;
- que la signature est régulière en l'absence de notification à la région, par la société requérante, de l'introduction du référé précontractuel ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 6 novembre 2013, présenté pour la société Vinci construction grands projets dont le siège est 5 cours Ferdinand de Lesseps à Rueil Malmaison (92500), pour la société Bouygues travaux publics dont le siège est 1 avenue Eugène Freyssinet à Guyancourt (78280), pour la société Dodin Campenon Bernard dont le siège est 20 chemin de Flambère à Toulouse (31026), pour la société Demathieu & Bard dont le siège est 17 rue Vénizélos à Montigny les Metz (57950) par Me Baliq, avocat, qui concluent au rejet de la requête et à la condamnation de la société Eiffage TP à leur verser respectivement une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elles soutiennent :

- que la requête est irrecevable dès lors que la région Réunion a régulièrement signé le marché après l'expiration du délai de standstill, en l'absence de notification par la société Eiffage, avant la signature, de l'introduction d'un référé précontractuel ;
- que le moyen tiré de ce que la région aurait dû écarter la candidature du groupement Vinci comme restreignant le jeu de la concurrence est inopérant ;
- que la création du groupement est techniquement et économiquement justifiée ;
- que l'existence du groupement n'a pas été susceptible de léser Eiffage dans la présentation de sa candidature sous l'angle de la transparence, de l'égalité et de la liberté à la commande publique ;
- que le moyen tiré de l'insuffisance de l'examen de l'offre de la société Eiffage est infondé et inopérant au soutien d'un référé précontractuel ;
- que le moyen tiré de l'insuffisante motivation du rejet de l'offre d'Eiffage manque en fait ;
- que la région n'a commis aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 14 novembre 2013, présenté pour la société Eiffage TP, qui demande au juge des référés contractuels de prononcer la nullité, sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, du lot 2 « marché n° 3 relatif aux travaux de réalisation du viaduc en mer de 5 400 mètres » ;

Elle précise les moyens développés dans sa requête et soutient en outre :

- que les conditions d'ouverture d'un référé contractuel sont réunies dès lors que la région a signé le marché en ayant connaissance du dépôt d'un référé précontractuel pendant le délai de standstill ;
- que la région avait l'obligation de ne pas signer le marché et que la signature irrégulière doit entraîner le prononcé de la nullité du marché ;
- que le recours contractuel ne lui serait fermé que si la région était dans l'ignorance du dépôt d'un référé précontractuel faisant courir le délai de suspension ;
- que la preuve de la connaissance par la région de l'existence d'un référé précontractuel peut être apportée par tous moyens et pas seulement par la notification au pouvoir adjudicateur prévue par l'article R. 551-1 du code de justice administrative ;

- que la connaissance par la région Réunion de l'existence du référé précontractuel, à la date de la signature du marché, est établie par les pièces du dossier ;
- que la motivation insuffisante du rejet de son offre, révélant une violation de l'article 80 du code des marchés publics, permet à la société Eiffage de présenter un référé contractuel alors même qu'elle a fait usage du référé précontractuel ;
- que le moyen tiré de l'irrégulière admission du groupement Vinci est opérant au regard, notamment des dispositions de l'article 51 du code des marchés publics ;
- qu'elle démontre que l'existence du groupement Vinci la lèse en sa qualité de candidate évincée ;
- qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne s'oppose au prononcé de la nullité du contrat ;

Vu les observations complémentaires en défense enregistrées le 19 novembre 2013, présentées pour la région Réunion qui demande, en outre la condamnation de la société Eiffage TP à lui verser une somme de 15 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Elle précise les éléments de réponse contenus dans le mémoire en défense et soutient en outre :

- que la mutation du référé précontractuel en référé contractuel n'est possible que si la signature du marché n'a pas respecté le délai de standstill ou si elle n'a pas respecté l'obligation de suspension à compter de l'introduction d'un recours précontractuel ;
- que le délai de standstill a démarré le jour de la notification du rejet de l'offre d'Eiffage dès lors que la communication des raisons qui ont conduit à ce rejet est parfaitement détaillée ;
- qu'à la date de la signature du marché, elle était dans l'ignorance du référé précontractuel en raison de la méconnaissance par Eiffage de ses obligations de notification ;
- que seule l'information du pouvoir adjudicateur de la saisine effective du tribunal administratif lui impose de suspendre la signature du contrat, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce ;
- que la société Eiffage ne démontre pas qu'elle remplit la condition, fixée par l'article L. 551-18 du code de justice administrative, que les éventuels manquements de la région à ses obligations de publicité et de mise en concurrence affecteraient ses chances d'obtenir le contrat ;
- qu'en tout état de cause, une signature du contrat qui serait jugée prématurée ne devrait conduire qu'à des conséquences financières et non au prononcé de la nullité du contrat, compte tenu notamment de raisons impérieuses d'intérêt général ;

Vu le mémoire en réplique enregistré le 19 novembre 2013, présenté pour la société Vinci construction grands projets, pour la société Bouygues travaux publics, pour la société Dodin Campenon Bernard, pour la société Demathieu & Bard, qui concluent au rejet de la requête en raison de son irrecevabilité ;

Elles précisent leurs précédentes écritures et soutiennent :

- que la région Réunion a pu régulièrement signer le marché critiqué ;
- qu'elle a respecté le délai de standstill qui a débuté le jour de la notification du rejet de l'offre compte tenu des précisions communiquées sur les motifs du rejet qui étaient suffisantes pour exercer un référé précontractuel ;
- qu'elle n'a été informée ni par la requérante, à qui cela incombait, ni par aucun autre procédé incontestable qu'un référé précontractuel avait été déposé au greffe du tribunal administratif ;

Vu le mémoire en duplicque, enregistré le 20 novembre 2013, présenté pour la société Eiffage TP qui insiste, d'une part, sur la méconnaissance de l'interdiction de signer le marché prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative compte tenu de la connaissance qu'avait la région du dépôt du référé précontractuel et, d'autre part, sur celle des dispositions de l'article 51 du code des marchés publics qui auraient dû conduire la région à ne pas accepter l'offre du groupement Vinci ;

Vu les pièces versées à l'audience par la société Eiffage TP ;

Vu les pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics et le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- la société Eiffage TP, requérante ;
- la région Réunion, le groupement Vinci construction GP / Dodin - C - B / Bouygues TP ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 21 novembre 2013 à 11 h 00, présenté son rapport et entendu :

- les observations de Me Aguila, avocat de la société Eiffage TP, requérante ;
- les observations de Me Monod et Me K'Jan, avocats de la région Réunion, et les observations de Me Balique et de Me Michelin, avocats du groupement Vinci construction GP/Dodin/-C-B/Bouygues TP ;

1. Considérant que, dans sa requête enregistrée le vendredi 25 octobre en fin d'après-midi au greffe du tribunal, la société Eiffage TP a demandé l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de la procédure de passation du lot 2 « marché n° 3 relatif aux travaux de réalisation du viaduc en mer de 5 400 mètres » dans le cadre du projet de construction de la Nouvelle Route du Littoral ; que, toutefois, le marché ayant été signé le lundi 28 octobre au matin, la requête ne pouvant plus prospérer, la société Eiffage, dans un mémoire enregistré le 14 novembre demande au juge du référé de prononcer la nullité du même lot, sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, transformant ainsi son référé précontractuel en référé contractuel ;

2. Considérant que cette mutation du recours est admise compte tenu de la finalité commune des deux actions, en application du raisonnement tenu par la cour de justice de l'Union européenne dans son interprétation de la directive recours, afin de faire échec à une manœuvre du pouvoir adjudicateur qui signerait le marché avec une précipitation irrégulière (CJUE, 28 janvier 2010, Uniplex Ltd, C-406/08) ; que rien ne s'oppose, en raison du lien qui les caractérise, que la mutation de ces recours s'opère, en cours d'instruction, dans le cadre de la même requête ;

Sur le référé précontractuel :

3. Considérant que le marché, objet du référé, a été signé et qu'à cette action a été substitué un référé contractuel ; que, par suite, le référé précontractuel est devenu sans objet et qu'il n'y a pas lieu d'y statuer ;

Sur le référé contractuel :

4. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. /La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. /Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.* » ;

Sur le moyen tiré de ce que le marché aurait été signé pendant le délai de standstill :

5. Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics : « *I.-1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. /[...] / Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés.* » ;

6. Considérant, en l'espèce, que la société Eiffage a été informée du rejet de son offre par voie électronique le 16 octobre 2013 ; qu'ainsi, le délai de standstill prenait fin normalement le 27 octobre 2013 à minuit ; que la société requérante soutient, toutefois, que ce délai n'aurait pas commencé à courir dès lors que la communication du rejet de son offre était incomplète ; qu'à cet égard, en application de l'article 83 du code des marchés publics, aux termes duquel : « *Le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté qui n'a pas été destinataire de la notification prévue au 1° du I de l'article 80 les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les quinze jours de la réception d'une demande écrite à cette fin* », elle a demandé à la région Réunion, par un courrier du 21 octobre 2013 de lui communiquer, notamment, le détail de la notation des sous-critères de second rang ;

7. Considérant, cependant, qu'il résulte de l'instruction que la notification du rejet de l'offre de la société Eiffage contenait l'ensemble des éléments financiers et techniques permettant à la candidate évincée de présenter utilement un recours précontractuel contre la passation du marché ; que cette contestation est d'ailleurs l'objet du présent recours fondé sur des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence dont la nature n'aurait pas pu être modifiée par les précisions demandées au pouvoir adjudicateur ; que, par suite, la

société Eiffage n'est pas fondée à soutenir que le délai de standstill n'aurait pas commencé à courir ; qu'il en résulte qu'au regard de ce délai, la région Réunion a pu régulièrement signer le marché le 28 octobre 2013 au matin ;

Sur le moyen tiré de ce que la société Eiffage TP aurait été privée de son droit d'exercer le recours prévu par l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

8. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-4 du code de justice administrative : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 du même code « ... *le recours [contractuel] régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 [...] dès lors que le pouvoir adjudicateur [...] a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 [...] et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.* » ; qu'ainsi, le recours contractuel demeure ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ;

9. Considérant, toutefois, qu'il en va différemment lorsque le recours contractuel présenté par un demandeur qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel, est dirigé contre un marché signé durant la suspension prévue à l'article L. 551-4 alors que le pouvoir adjudicateur était dans l'ignorance du référé précontractuel en raison de la méconnaissance par le demandeur de ses obligations de notification prévues à l'article R. 551-1 du code de justice administrative aux termes duquel : « *Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités.* » ;

10. Considérant qu'il résulte de ces dispositions législatives et réglementaires ainsi que de l'économie de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 89/665 tel qu'interprété par la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne (voir par exemple l'arrêt Uniplex cité au point 2) que, dans l'hypothèse où le candidat évincé qui a présenté un référé précontractuel ne s'est pas conformé à son obligation de notification, prévue par l'article R. 551-1, le pouvoir adjudicateur est tenu de suspendre la signature du contrat dès lors qu'il a connaissance du dépôt de ce recours ; que l'interdiction faite au pouvoir adjudicateur de signer un marché ayant fait l'objet d'un recours doit être entendue largement de sorte que seule une ignorance certaine de l'introduction du recours peut justifier la signature et faire échec au dépôt, par le demandeur, d'un référé contractuel ;

11. Considérant qu'en l'espèce, si le pouvoir adjudicateur, en signant le marché le 28 octobre 2013 alors qu'un référé précontractuel avait été introduit le 25 octobre 2013, n'a pas respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4, il ressort des pièces versées par la société requérante que la région Réunion n'a reçu notification, par la société Eiffage, du recours contentieux que le 30 octobre 2013 ; que la société Eiffage fait valoir toutefois que la région Réunion n'ignorait pas qu'un référé précontractuel avait été déposé au tribunal administratif ; qu'à cet égard, elle fait état, en premier lieu, d'un échange téléphonique le 25 octobre 2013 entre un dirigeant de la société et un vice-président du conseil régional ; qu'il est établi que cet échange a eu lieu mais que sa teneur n'en est pas connue ; que la requérante soutient en second lieu que la presse s'est faite l'écho du dépôt d'un recours et a diffusé un interview du même vice-président du conseil régional concernant l'action d'Eiffage contre le groupement Vinci ; que,

tant les propos rapportés du représentant de la région que l'article de presse commentant le recours ne démontrent pas qu'à cette date la requête avait déjà été déposée au greffe du tribunal administratif ; qu'ainsi, la région Réunion, à la date à laquelle elle a signé le marché, même si elle savait que la passation de ce marché était ou allait être contestée, est fondée à faire valoir qu'elle n'avait connaissance ni de l'introduction effective du recours, ni de son contenu ; que cette ignorance justifie la signature du marché et prive la société Eiffage TP, qui n'a pas été empêchée d'introduire un référé précontractuel qu'elle aurait pu notifier à la région Réunion pendant les trois jours précédant l'expiration du délai de standstill, de la possibilité de transformer son référé précontractuel en référé contractuel ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le référé contractuel de la société Eiffage TP doit être rejeté ;

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

13. Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :
« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

14. Considérant qu'en vertu de ces dispositions 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 la demande, à ce titre, de la société Eiffage TP, partie perdante, doit être rejetée ; qu'en revanche, la société Eiffage TP versera à la région Réunion la somme de 4 000 euros et à chacune des sociétés formant le groupement Vinci, la somme de 1 200 euros au titre des mêmes dispositions ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de statuer sur le référé précontractuel de la société Eiffage TP.

Article 2 : Le recours contractuel de la société Eiffage TP est rejeté.

Article 3 : La société Eiffage TP versera la somme de 4 000 euros à la région Réunion sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La société Eiffage TP versera les sommes de 1 200 euros à la société Vinci construction grands projets, 1 200 euros à la société Bouygues travaux publics, 1 200 euros à la société Dodin Campenon Bernard et 1200 euros à la société Demathieu & Bard sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la Société Eiffage TP, à la société Vinci construction grands projets, à la société Bouygues travaux publics, à la société Dodin Campenon Bernard, à la société Demathieu & Bard et à la région Réunion.

Fait à Saint-Denis, le 2 décembre 2013.

Le président,

C. LAMBERT

La République mande et ordonne au préfet de la Réunion 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,
La greffière,

N. Vignon

N. VIGNON

