



Conseil d'État

N° 307620

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

M. Daël, président

Mme Cécile Chaduteau-Monplaisir, rapporteur

SCP DEFRENOIS, LEVIS ; SCP PIWNICA, MOLINIE, avocats

lecture du lundi 16 novembre 2009

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés le 18 et le 25 juillet 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la REGION REUNION, représentée par son président en exercice, dont le siège est à l'Hôtel de Région, avenue René Cassin, BP 7190, Saint-Denis cedex 9 (97719) ; la REGION REUNION demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance en date du 2 juillet 2007 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une part, a annulé la décision du 7 juin 2007 par laquelle le président du conseil régional a rejeté l'offre des sociétés Bagelec et autres, ainsi que la décision attribuant le marché à son concurrent et la décision de la commission d'appel d'offres du 5 juin 2007, et, d'autre part, lui a enjoint de mettre fin à la procédure de passation en cours et de relancer une nouvelle procédure ;

2°) statuant au titre de la procédure de référé engagée, de rejeter la requête des sociétés Bagelec, Corem et Ragni ;

3°) de mettre à la charge des sociétés Bagelec, Corem et Ragni la somme de 4 000 euros en application 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 Mme Cécile Chaduteau-Monplaisir, Auditeur,
- les observations de la SCP Defrenois, Levis, avocat de la REGION REUNION et de la SCP Piwnica, Molinié, avocat des sociétés Corem, Bagelec et Ragni,
- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Defrenois, Levis, avocat de la REGION REUNION et à la SCP Piwnica, Molinié, avocat des sociétés Corem, Bagelec et Ragni ;

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 des marchés publics (...) 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu

ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.(...) 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 la REGION REUNION a engagé, le 6 février 2007, une procédure d'appel d'offres ouvert ayant pour objet la réalisation d'ouvrages souterrains sur les sections 1 et 2 de la Route des Tamarins; que le groupement composé des sociétés Bagelec, Corem et Ragni a saisi le juge du référé pré-contractuel du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion qui, par une ordonnance en date du 2 juillet 2007, a annulé la décision du président du conseil régional rejetant son offre, ensemble la décision d'attribution du marché à un groupement concurrent, et a enjoint à la REGION REUNION de mettre fin à la procédure de passation en cours et d'engager une nouvelle procédure; que la REGION REUNION se pourvoit en cassation contre cette ordonnance;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi;

Considérant qu'aux termes du c du III de l'article 80 du code des marchés publics dans sa rédaction alors en vigueur: I-1° Pour les marchés (...), le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet (...) III. - Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation: (...) c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.; qu'aux termes de l'article 83 de ce code: Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre (...); qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la REGION REUNION a décidé d'attribuer le marché litigieux au groupement composé des sociétés Cenergi, Spie Sud Est, Enfrasys et Bourbon Lumière et, en application des dispositions précitées de l'article 80, a informé le groupement composé des sociétés requérantes du rejet de leur offre par une lettre du 7 juin 2007; que, pour répondre à leur demande de communication des motifs détaillés du rejet de leur offre, présentée sur le fondement des dispositions précitées de l'article 83 du code des marchés publics, la REGION REUNION a notamment communiqué aux sociétés requérantes le rapport d'analyse des offres; qu'en jugeant que cette communication comportait des informations susceptibles de nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, en violation des dispositions du III de l'article 80 et en annulant pour ce motif le rejet de l'offre des requérantes et la décision portant attribution du marché, alors que, cette communication étant intervenue après la sélection des offres, n'était donc plus susceptible de l'affecter et ne pouvait ainsi altérer la concurrence entre les entreprises candidates à l'attribution du marché, le juge des référés a entaché son ordonnance d'une erreur de droit; qu'elle doit en conséquence être annulée;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, par 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 les sociétés Bagelec, Corem et Ragni;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité de la demande des sociétés Bagelec, Corem et Ragni;

Considérant, en premier lieu, que les sociétés Bagelec, Corem et Ragni soutiennent, d'une part, que, aucun élément n'attestant dans le procès-verbal de la commission d'appel d'offres en date du 5 juin 2007, relatif au choix de l'offre, de la justification dans la première enveloppe des qualifications des deux sous-traitants du groupement Cenergi pour le lot technique relatif à la fourniture des appareils d'éclairage, le pouvoir adjudicateur aurait méconnu les dispositions de l'article 52 du code des marchés publics, et, d'autre part, que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu les dispositions de l'article 50 du même code puisque la variante proposée par le groupement Cenergi n'aurait pas fait l'objet d'une troisième enveloppe, en méconnaissance des dispositions du règlement de consultation; que toutefois les sociétés requérantes, dont la candidature a été admise, ne démontrent pas en quoi ces manquements, à les supposer établis, les auraient lésées ou auraient été susceptibles de les léser eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent; que de même, la circonstance qu'elles auraient reçu, après la sélection des offres, communication d'informations confidentielles sur les concurrents, n'a pas été susceptible, eu égard notamment au stade de la procédure auquel est intervenu cette communication, de les léser;

Considérant, en deuxième lieu, que les sociétés requérantes soutiennent que la REGION REUNION aurait méconnu l'obligation de motivation du rejet de l'offre d'un candidat évincé résultant des dispositions des articles 80 et 83 du code des marchés publics; qu'il résulte cependant de l'instruction que la personne publique, après avoir communiqué la décision de rejet de leur offre aux entreprises requérantes sur le fondement de l'article 80, a, sur leur demande, communiqué des informations afin d'explicitier les motifs de ce rejet; que ces informations, qui répondent aux prescriptions de l'article 83 du code des marchés publics, ont permis aux sociétés requérantes de contester utilement leur éviction devant le juge du référé précontractuel; qu'il en résulte qu'aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reproché à ce titre à la REGION REUNION;

Considérant enfin qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, à l'issue de la consultation, sur les mérites respectifs des offres;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions des sociétés Bagelec, Corem et Ragni tendant à l'annulation de la décision en date du 7 juin 2007 de rejet de leur offre, de la décision d'attribution du marché et de la décision de la commission d'appel d'offres en date du 5 juin 2007 relatives aux variantes retenues doivent être rejetées ainsi que leurs conclusions à fin d'injonction ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que les sommes demandées par les sociétés Bagelec, Corem et Ragni au titre des frais exposés par elles et non compris dans les dépens soit mise à la charge de la REGION REUNION, qui n'est pas, dans la présente affaire, la partie perdante ; qu'il y a lieu en revanche de mettre à la charge des sociétés Bagelec, Corem et Ragni la somme de 5 000 euros qui sera versée à la REGION REUNION au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens pour l'ensemble de la procédure et la somme de 2 500 euros qui sera versée à la société Cenergi, mandataire du groupement attributaire du marché au titre des mêmes frais exposés en première instance ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance en date du 2 juillet 2007 du juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion est annulée.

Article 2 : La demande des sociétés Bagelec, Corem et Ragni devant le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion est rejetée.

Article 3 : Les sociétés Bagelec, Corem et Ragni verseront à la REGION REUNION la somme de 5 000 euros et à la société Cenergi, mandataire du groupement Cenergi/Spie Sud-Est/Enfrasys/Bourbon Lumière, la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la REGION REUNION, aux sociétés Bagelec, Corem, Ragni et au groupement Cenergi/Spie Sud-Est/Enfrasys/Bourbon Lumière.