

N° 403614

Société des eaux de Marseille

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 8 février 2017

Lecture du 14 février 2017

## CONCLUSIONS

**M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

L'articulation entre le référé précontractuel et le référé contractuel semble décidément une source inépuisable d'interrogations contentieuses. A peine vous êtes-vous prononcés sur la portée de la notification à l'autorité adjudicatrice par le greffe, à travers l'application Télérecours, de l'enregistrement d'un référé précontractuel (17 octobre 2016, *Min de la défense c/ Sté Tribord*, n° 400791, aux T), qu'il vous est donné aujourd'hui l'occasion de vous pencher sur celle de la notification de la même information par l'auteur du recours en application de l'article R. 551-1 du code de justice administrative.

Cette question est particulièrement sensible s'agissant des commandes publiques passées selon des procédures qui ne comportent pas d'obligation pour l'autorité adjudicatrice de communiquer aux candidats évincés la décision d'attribution du contrat et de s'abstenir de signer le contrat pendant un certain délai, abstention qui garantit la recevabilité du référé précontractuel exercé pendant ce délai. Les plus nombreuses sont les marchés passés selon une procédure adaptée et les délégations de service public.

La procédure litigieuse a été lancée en août 2015 par la commune d'Auriol en vue de la conclusion d'une convention de délégation du service public de la distribution d'eau potable à environ 4 500 abonnés, pour une durée de 10 ans. Une première procédure, lancée un an auparavant et à laquelle la société des eaux de Marseille (SEM) s'était seule portée candidate, avait été déclarée infructueuse. Cette fois, la SEM a eu une concurrente, la société d'aménagement rural et urbain (SAUR). Au terme d'une procédure qui a duré presque un an, et apparemment pris d'une soudaine urgence, le conseil municipal s'est réuni le vendredi 1er juillet 2016 à 18 h pour approuver le choix de la SAUR, sa délibération a été transmise à 19h50 aux services préfectoraux du contrôle de légalité et le contrat signé immédiatement après. Ces détails chronologiques sont au cœur de la question que vous devrez trancher car à 19h33 la SEM, candidate évincée, avait formé devant le TA de Marseille un référé précontractuel qu'elle a notifié à la commune par une télécopie reçue à 19h37.

Ayant eu connaissance de la signature du contrat, la SEM a transformé son recours en référé contractuel, que le juge a rejeté au motif qu'elle ne se prévalait que de manquements aux règles de mise en concurrence qu'elle ne pouvait invoquer dès lors que, compte tenu des circonstances de la notification de son recours, le contrat ne pouvait être regardé comme signé pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4.

Il convient, pour bien comprendre ces motifs, de rappeler qu'aux termes de l'article L. 551-18 du CJA, le juge du référé contractuel ne peut prononcer la nullité que dans trois cas : « *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* " ou "*lorsque 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 troisième cas, qui correspond au troisième alinéa de cet article, est celui où le contrat a été signé avant l'expiration du délai de suspension de sa signature qui suit l'envoi de la décision d'attribution aux candidats ou "*pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9*", c'est à dire pendant la suspension qu'impose la saisine du juge du référé précontractuel. La nullité n'est cependant prononcée que si deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations de suspension a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel 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*".

S'agissant des contrats qui ne sont pas soumis à l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice, de notifier aux opérateurs économiques ayant présenté une offre, avant la signature du contrat, la décision d'attribution, vous avez jugé que leur annulation ne pouvait intervenir que sur le fondement des deux premiers alinéas de l'article L. 551-18 ainsi que sur celui des dispositions du troisième alinéa "dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé" (19 janvier 2011, *Grand Port maritime du Havre*, n° 343435, au rec). C'est cette dernière hypothèse que l'auteur de l'ordonnance attaquée a écartée alors même que, chronologiquement, nous l'avons vu, le contrat a été conclu après que la société requérante avait formé un référé précontractuel.

L'interdiction de signer le contrat à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle, posée aux articles L. 551-4 et L. 551-9, n'est toutefois opposable à l'autorité adjudicatrice que si elle a été informée de l'introduction du référé précontractuel, soit par le greffe du tribunal (1<sup>er</sup> mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560, aux T sur ce point), soit par le requérant, que l'article R. 551-1 oblige à notifier son recours. Vous avez ainsi jugé par votre décision du 30 septembre 2011, *Cne de Maizières-les-Metz* (n° 350148, au rec p. 450), dans un cas où le pouvoir adjudicateur n'avait été informé ni par le greffe ni par le requérant du référé précontractuel qu'il avait formé, que le référé contractuel n'était pas recevable alors même que le marché avait été signé durant la suspension prévue à l'article L. 551-4 car « 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 ».

S'agissant de l'information par le greffe, vous avez récemment jugé, par la décision *Min de la défense c/ sté Tribord* que nous avons citée, que l'autorité adjudicatrice devait être regardée comme ayant eu connaissance du recours à la date à laquelle la communication du référé par le greffe de la juridiction était mise à sa disposition dans l'application Télérecours. Vous avez privilégié une approche objective, ne tenant compte que de la date de la réception de la communication par l'autorité adjudicatrice, indépendamment des circonstances dans lesquelles cette dernière a pu en prendre effectivement connaissance. Vous n'avez pas suivi le ministre de la défense

qui invoquait devant vous les contraintes de la circulation de l'information entre les services de son administration.

Or l'auteur de l'ordonnance attaquée s'est fondé sur des considérations de même nature pour juger que la période de suspension n'était pas opposable à la collectivité concédante. Il a relevé "qu'alors même que le règlement de la consultation en cause avait précisé aux candidats que les services de la commune d'Auriol étaient fermés à 16h30 le vendredi, la société des eaux de Marseille ne pouvait raisonnablement pas envisager que la notification effectuée de son recours précontractuel, le vendredi 1er juillet 2016 à 19h37 soit connue de son destinataire à ladite heure ; que dans ces circonstances très particulières, la notification prévue à l'article R. 551-1 précité ne pouvait donc pas être regardée comme ayant été accomplie au moment où le contrat a été signé dans la soirée du 1er juillet 2016".

Le moyen tiré de ce que la prise en compte de ces circonstances particulières est constitutive d'une erreur de droit vous conduira à préciser les conditions de l'opposabilité de la notification faite par le requérant en application de l'article R. 551-1. Plusieurs raisons nous incitent à vous proposer de consacrer la même approche objective que celle que vous avez retenue pour la notification par le greffe par voie électronique.

Précisons tout d'abord que si votre décision *Min de la défense c/ sté Tribord* fait, comme il se doit, application des dispositions de l'article R. 611-8-2 du code de justice administrative régissant la communication des requêtes par voie électronique et notamment du dernier alinéa de cet article qui dispose que « *Lorsque le juge est tenu, en application d'une disposition législative ou réglementaire, de statuer dans un délai inférieur ou égal à un mois, la communication ou la notification est réputée reçue dès sa mise à disposition dans l'application.* », la solution que vous avez retenue n'est pas exclusivement fondée sur ces dispositions particulières mais découle de l'idée plus générale selon laquelle la suspension de la signature du contrat s'impose à l'autorité adjudicatrice dès que le recours contentieux lui est régulièrement notifié.

Ce principe représente déjà un assouplissement de l'approche rigoureusement objective qui découle de la lettre de l'article L. 551-4, laquelle fait partir la période de suspension de la signature du contrat de la saisine du tribunal et non de la date à laquelle l'autorité adjudicatrice en a connaissance. Le léger rééquilibrage auquel il procède en faveur de la sécurité juridique du contrat ne se fait pas au détriment du droit au recours du candidat évincé qui a les moyens d'en garantir l'effectivité en le notifiant au pouvoir adjudicateur. Comme le faisait observer B. Dacosta dans ses conclusions sur la décision *sté Eiffage TP* du 5 mars 2014 (n° 574048, aux T), « L'effet suspensif de la notification garantit le concurrent évincé contre le risque de voir la personne publique s'empresser de signer le contrat entre le moment où le tribunal est saisi et le moment où celui-ci l'en informe. Le requérant est doté d'un outil pleinement efficace ».

Mais nous pensons que, pour que cet outil reste efficace, les conditions de son exercice doivent demeurer objectives : une approche plus subjective, qui ferait partir le délai de suspension du moment où le pouvoir adjudicateur devrait être considéré comme ayant pu prendre effectivement connaissance de l'information qu'il a reçue, remettrait profondément en cause cet équilibre et risquerait de compromettre l'effectivité du dispositif de contrôle juridictionnel du respect des règles de transparence et de mise en concurrence, notamment pour les contrats non soumis à une obligation d'information des candidats évincés, puisqu'en l'absence de méconnaissance de la suspension, la seule cause de nullité est l'absence pure et simple de toute mise en concurrence.

Une telle solution ferait en effet dépendre la recevabilité du recours contentieux ou son utilité de circonstances totalement extérieures au requérant et sur lesquelles il n'a aucune prise. Le maximum de diligences que le requérant peut faire est de notifier son recours dans des conditions telles que le pouvoir adjudicateur en ait connaissance. Ainsi, quel que soit le moyen choisi, courrier postal, télécopie ou courrier électronique, si la procédure est dématérialisée, le requérant remplit sa part d'obligations en faisant parvenir l'information qui déclenche de délai de suspension au pouvoir adjudicateur. Les modalités par lesquelles cette information arrive effectivement à la connaissance du signataire du contrat ne dépendent que de ce dernier. Leurs éventuelles lenteurs ne sauraient donc affecter le droit au recours du candidat évincé.

Il appartient au contraire au pouvoir adjudicateur de vérifier, avant de signer le contrat, qu'il n'a rien reçu. Une telle vérification est très simple, même dans les plus grands services administratifs, ce qui n'est pas le cas de la commune d'Auriol. Le cas d'espèce nous semble illustrer parfaitement non seulement le déséquilibre mais les risques de manœuvres que comporte une approche subjective telle que celle retenue par l'auteur de l'ordonnance attaquée. Du point de vue du requérant, s'il pouvait effectivement savoir que les services de la commune fermaient à 16h30, il ne pouvait saisir le juge du référé précontractuel que lorsqu'il a eu connaissance de l'attribution du contrat à son concurrent au terme d'une délibération qui avait débuté à 18h et ne pouvait donc notifier son recours qu'immédiatement le soir-même pour avoir des chances qu'il puisse être examiné. Le comportement de la commune nous paraît beaucoup plus critiquable : la précipitation dont elle a fait preuve pour signer un vendredi en fin de soirée un important contrat - il s'agit tout de même de la délégation du service public de distribution d'eau potable pendant 10 ans - qu'elle a mis un an à passer, d'une part, le fait qu'elle a pu utiliser le télécopieur pour transmettre la délibération à la préfecture, d'autre part, nous font sérieusement douter de sa bonne foi lorsqu'elle se prévaut de la fermeture de ses services à 16h30 pour prétendre n'avoir pas eu ou pas pu avoir connaissance du recours.

Outre ces inconvénients, l'approche subjective aura également pour effet d'obliger le juge du référé à se plonger dans l'organisation interne des services des pouvoirs adjudicateurs car il ne s'agira pas seulement de déterminer à quel moment il a eu effectivement connaissance du contenu de la communication, mais à quel moment il aurait dû l'avoir. Or le juge du référé a suffisamment à faire avec le contrôle de la régularité de la procédure de passation du contrat sans l'encombrer de questions oiseuses qu'une règle simple et d'application facile pour toutes les parties de bonne volonté lui épargnera.

Cette règle simple est d'ailleurs celle du droit commun des notifications, dont le contenu est opposable à leurs destinataires à la date à laquelle ils les reçoivent, sans que vous teniez compte du moment auquel ils en prennent effectivement connaissance. Vous l'aviez déjà appliquée à la notification du référé précontractuel dans la décision précitée *sté Eiffage TP* du 5 mars 2014, par laquelle vous aviez jugé "qu'en recherchant ainsi si, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce qui lui était soumise, le pouvoir adjudicateur devait être regardé comme ayant eu connaissance des référés précontractuels de la société, sans se borner à vérifier si ceux-ci avait été communiqués par le greffe du tribunal administratif ou notifiés au pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues par l'article R. 551-1 du code de justice administrative, le juge des référés a entaché les ordonnances attaquées d'une erreur de droit". La confirmation de cette solution consacrera une approche unique pour toutes les notifications, qu'elles soient faites par le tribunal ou par le requérant et quelle que soit la voie qu'elle emprunte, postale, télécopie ou électronique.

Si vous nous suivez, vous ferez droit à ce moyen du pourvoi, ce qui vous dispensera de vous prononcer sur les autres, qui ne sont pas fondés, et annulerez l'ordonnance attaquée.

Réglant l'affaire au titre du référé contractuel, vous devrez examiner les différents manquements invoqués par la société requérante. En effet, comme nous l'avons dit et contrairement à ce que soutient la SAUR en défense, la nullité d'une convention de délégation de service public conclue au terme d'une procédure qui n'impose pas à l'autorité adjudicatrice de communiquer aux candidats évincés la décision d'attribution du contrat peut résulter non seulement de l'absence de toute mise en concurrence (alinéa 1er de l'article L. 551-18) mais aussi, lorsque, comme en l'espèce, le contrat a été signé pendant la période de suspension suivant la saisine du juge du référé, d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles la passation du contrat est soumise ayant affecté les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat (3ème alinéa). Cette période de suspension s'appliquant à ces contrats, sa méconnaissance rend applicable le cas d'annulation prévu par le 3ème alinéa. Vous l'avez expressément jugé par votre décision précitée *Grand Port maritime du Havre* et si les motifs de votre décision du 25 octobre 2013, *cne de La Seyne-sur-Mer* (n° 370393, aux T), qui appliquent les principes issus de cette décision à une délégation de service public, ne réservent pas cette hypothèse d'application du 3ème alinéa, ce n'est pas que vous ayez entendu l'écarter pour cette catégorie de contrats, exclusion que rien ne justifierait, mais parce qu'elle était étrangère au litige. Vous lèverez donc l'ambiguïté que la généralité de la rédaction des motifs de cette dernière décision a pu faire naître chez certains lecteurs en faisant application à la délégation de service public signée par la commune d'Auriol postérieurement à la saisine du tribunal des dispositions du 3ème alinéa de l'article L. 551-18.

La première condition posée par ces dispositions, tenant à ce que la méconnaissance de la suspension ait fait perdre au requérant la possibilité d'effectuer un référé précontractuel étant remplie, puisqu'elle a eu pour effet de rendre irrecevable le recours qu'il avait formé, il faut examiner les manquements invoqués.

Nous essaierons d'être le plus synthétique possible, contrairement aux écritures de la requérante devant le juge du référé qui mêle moyens et arguments et tend essentiellement à contester, sous couvert de rupture d'égalité, l'évaluation portée par la collectivité concédante sur les mérites des offres. Or, comme vous l'avez rappelé par votre décision *Cté intercommunale des villes solidaires* du 20 janvier 2016 (n° 394133, aux T), il n'appartient pas au juge du référé précontractuel ou contractuel, qui "doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats." S'agissant en l'espèce d'une procédure de passation d'une délégation de service public, qui n'impose pas à la collectivité délégante de pondérer les critères de sélection et lui permet de choisir le titulaire après une phase de négociation, ce contrôle ne peut être que particulièrement distancé.

Le règlement de la consultation litigieuse comportait trois critères d'appréciation des offres que nous citons car tous les moyens portent sur leur application aux offres : "leur valeur technique, notamment à travers l'organisation et les moyens matériels et en personnel mis en œuvre pour

l'exploitation et la continuité du service; les intérêts présentés par les aspects financiers, notamment à travers les tarifs et leur évolution, la prise en compte du renouvellement; la qualité du service proposé, notamment au niveau technique à travers les engagements de performance et de plans d'actions, au niveau de la gestion des abonnés et des éventuels engagements de service".

La société requérante reproche à la commune d'avoir pris en compte pour l'appréciation des offres la proposition de sa concurrente de constituer un fonds de travaux pour le renouvellement des réseaux et des équipements alors qu'il n'était pas prévu dans le règlement de la consultation, de l'avoir valorisé au titre du critère technique et du critère financier et de lui avoir accordé une importance excessive.

Ces moyens ne sont pas fondés : si le règlement de la consultation n'imposait pas aux candidats de proposer la constitution d'un tel fonds, il ne le leur interdisait pas. Cet élément de l'offre, qui n'avait pas à être présenté comme une variante, n'était donc pas contraire au règlement de la consultation et la commune a pu en tenir compte pour son appréciation de la valeur de l'offre au titre des critères de sélection. Dès lors qu'il a un impact à la fois sur la qualité des travaux et sur leur financement, il pouvait être valorisé au titre de ces deux critères.

Le moyen tiré de ce que la commune aurait fait prévaloir des éléments de l'offre de la société SAUR relatifs à la performance hydraulique des réseaux sur d'autres prévus par le règlement de la consultation pour l'application du critère de la qualité du service relève de l'appréciation des mérites des offres, la performance hydraulique des réseaux participant de la qualité du service, appréciation qui, comme nous l'avons dit, ne peut être utilement discutée devant le juge du référé.

Un troisième ensemble d'arguments porte sur l'analyse des offres au regard d'un coefficient Gprod, qui se traduit par une diminution du prix du service et donc des recettes au fil du temps, que la société requérante avait intégré dans son compte d'exploitation prévisionnelle. Elle reproche d'une part à la commune d'avoir comparé son offre avec celle de la société SAUR qui ne l'intégrait pas, d'autre part de ne pas avoir examiné la variante de son offre qui ne comportait pas ce coefficient. Toutefois, le règlement de la consultation n'imposait pas aux candidats d'intégrer ce coefficient dans leur compte d'exploitation et la commune a bien examiné la variante mentionnée, qu'elle a comparé à l'offre de la société SAUR.

Enfin, l'offre de la SAUR comportait une variante et plusieurs aménagements contractuels qui n'avaient pas, contrairement à ce que soutient la société requérante, à être présentés comme des variantes, le règlement de la consultation n'imposant sous cette forme que ceux ayant impact sur l'offre financière et technique, ce qui n'était pas leur cas.

Aucun des moyens soulevés ne nous paraissant donc constituer un manquement de la collectivité délégante à ses obligations de mise en concurrence, nous vous proposons de rejeter les conclusions de la société requérante aux fins d'annulation du contrat.

Vous devrez en revanche infliger, en application des dispositions de l'article L. 551-20 du CJA, une pénalité financière à la commune d'Auriol qui a manqué à son obligation de ne pas signer le contrat alors qu'un référé précontractuel avait été formé. Vous êtes tenus de le faire lorsqu'en l'absence de manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence vous décidez qu'il n'y a pas lieu d'annuler le contrat (30 nov 2011, *Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon*, n° 350788, au rec).

Le montant de cette pénalité est fonction du montant du contrat et des circonstances de la méconnaissance de l'obligation de suspension qu'elle sanctionne. Celles de l'espèce, que nous avons décrites, n'invitent pas à la clémence. Nous vous proposons donc de fixer ce montant à 10 000 euros, comme vous l'avez fait dans vos trois précédentes décisions ayant fait application de ces dispositions (*sté DPM* précitée; 1er mars 2012, *OPAC du Rhône*, n° 355560, aux T; 15 février 2013, *sté SFR*, n° 363854, aux T).

**EPCMNC** : - Annulation de l'ordonnance attaquée;

- Rejet de la demande de référé contractuel présentée par la Sté des eaux de Marseille;

- Condamnation de la commune d'Auriol à verser au Trésor Public une pénalité de 10 000 euros;

- Au rejet, dans les circonstances de l'espèce, de l'ensemble des conclusions des parties au titre des frais qu'elles ont exposées dans ces instances (voyez, par ex, votre décision précitée *sté SFR*).