

N° 426096, sté Orange
N° 426914, Région Réunion

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Audience du 27 mars 2019
Lecture du 8 avril 2019 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Au cours de l'année 2015, la Région Réunion a mené auprès des sociétés Orange, SRR et Réunicable/ZEOP, qui sont les trois opérateurs de communications électroniques présents sur son territoire, une consultation afin de connaître leurs intentions de déploiement du très haut débit sur le territoire de l'île. Ces opérateurs sont à la fois des opérateurs d'infrastructures et des fournisseurs d'accès internet.

Aucune déclaration d'intention n'ayant été formulée pour six communes, la région a décidé de faire usage de la faculté ouverte aux collectivités territoriales par l'article L. 1425-1 du CGCT, issu de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, en cas de carence de l'initiative privée, « *d'établir et d'exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques* » et de les mettre « *à disposition d'opérateurs ou d'utilisateurs de réseaux indépendants* ». Au mois d'août 2017, elle a lancé une procédure de mise en concurrence avec négociation en vue de la conclusion d'un marché public global de performance composé d'une tranche ferme ayant pour objet la conception, la réalisation et l'exploitation comprenant la maintenance d'un réseau de communications électroniques d'initiative publique à très haut débit en fibre optique sur le territoire des six communes pour lesquelles aucune déclaration de déploiement n'a été faite par les opérateurs privés et de dix-sept tranches optionnelles portant sur les mêmes prestations sur le territoire des dix-sept communes pour lesquelles la région a reçu une ou plusieurs annonces de déploiements privés de la part des opérateurs Orange, Réunicable/Zeop et SRR. L'affermissement des tranches optionnelles était subordonné au renoncement des opérateurs privés ou au constat de leur défaillance.

Les trois opérateurs ont été autorisés à présenter une offre, mais seules les sociétés Réunicable et Orange l'ont fait. C'est l'offre de cette dernière société qui a été retenue. La candidate évincée a saisi le juge du référé précontractuel du TA de La Réunion qui, par une ordonnance du 23 novembre 2018 contre laquelle la Région Réunion et la société Orange se pourvoient en cassation par deux requêtes que vous pourrez joindre, a fait droit à sa demande et annulé la procédure.

Il nous faut avant d'examiner le bien fondé des moyens dirigés contre les motifs de l'ordonnance évoquer une question de procédure soulevée par la société Réunicable qui conteste à bon droit la recevabilité du pourvoi de la société Orange.

Cette dernière, qui n'a pas été mise en cause par la juridiction et n'est pas intervenue, n'a pas été présente à l'instance de référé. Or seules les parties à l'instance peuvent se pourvoir en cassation contre la décision à laquelle cette instance a donné lieu (20 décembre 2000, *cne de Ville d'Avray*, n° 209329, T. p. 1194), ainsi que les intervenants lorsqu'ils auraient eu qualité, s'ils n'étaient pas intervenus, pour former tierce opposition contre la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

décision (Sect, 9 janvier 1959, *Sieur de Harenne*, n° 41383, p. 23 ; 3 juillet 2000, *Syndicat des pharmaciens du Nord*, n° 196259, T. p. 1194 ; Sect, 26 février 2003, *M. et Mme B...*, n° 231558, p. 59, pour le pourvoi en cassation). Contrairement à ce que soutient la société Orange qui interprète mal cette dernière hypothèse qui est une dérogation à la règle selon laquelle un intervenant n'est pas une partie et ne peut donc se pourvoir en cassation contre la décision rendue contrairement à ses conclusions (19 janvier 1994, *M. P...*, n° 143421, T. p. 1120), ce ne sont pas tous ceux qui pourraient former tierce opposition qui sont recevables à se pourvoir en cassation mais seulement ceux d'entre eux qui, étant effectivement intervenus en première instance, ont pu défendre leurs droits (voyez, pour une application en matière de référé précontractuel : CE, 21 septembre 2016, *Cté urbaine du Grand Dijon*, n° 399656, aux T). Tel n'est pas le cas de la société Orange qui n'est pas intervenue en première instance et qui ne peut donc que former tierce-opposition contre l'ordonnance litigieuse qui préjudicie à ses droits.

Dans un tel cas de figure, vous requalifiez le pourvoi en tierce-opposition et le renvoyez à la juridiction qui a rendu la décision, seule compétente pour statuer sur ce recours (CE, 16 mars 2016, *M. S...*, n° 378675, au rec).

Mais étant également saisis d'un autre recours contre cette ordonnance, qui est recevable, ce renvoi du recours en tierce-opposition de la société Orange ne s'imposera que si vous rejetez le pourvoi de la Région Réunion. En effet, si vous annulez l'ordonnance, vous pourrez, en application de l'article R. 351-4 du CJA, alors même que vous n'êtes pas compétents pour statuer sur cette demande, constater qu'elle n'a plus d'objet et qu'il n'y a plus lieu d'y statuer (voyez par ex : CE, 4 juin 2014, *Mme M...*, n° 364445, aux T sur un autre point).

L'irrecevabilité du pourvoi de la société Orange ne vous privera pas de son argumentation, qui est substantiellement identique à celle du pourvoi de la région Réunion et qu'elle développe dans le cadre d'une intervention qu'elle a également formé au soutien de ce dernier, qui est, elle, recevable et que vous pourrez admettre.

Le principal moyen du pourvoi de la Région Réunion pose une question de droit inédite relative à l'applicabilité de la règle de l'allotissement aux marchés publics globaux de performance.

La règle de l'allotissement, posée par l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, impose en principe la passation en lots séparés des marchés comportant des prestations distinctes, sauf si les acheteurs « *ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations* ». Cette règle, qui a été introduite dans le code des marchés publics en 2006, vise à faciliter l'accès du plus grand nombre d'opérateurs, et notamment des petites et moyennes entreprises, à la commande publique. Son adoption par les Etats membres est pour cela recommandée par la directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (considérant 78 ; art 46.4), qui ne l'a cependant pas rendue obligatoire.

Précisons tout d'abord que cette règle, ainsi que toutes les autres règles de passation dont la méconnaissance était invoquée devant le juge du référé précontractuel, sont applicables à la procédure litigieuse. Personne ne le conteste mais vous devez vous en assurer avant d'en faire vous-même application. Cette vérification s'impose d'autant plus que le 15° de l'article 14 l'ordonnance de 2015 exclut du champ d'application de l'ordonnance « *les*

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

marchés publics qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou plusieurs services de communications électroniques ». Cette exclusion est justifiée par le fait que ces services sont censés être entièrement soumis à la concurrence et encadrés par la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Mais il ressort des documents de la consultation que la Région a entendu placer la totalité de la procédure de passation du marché dans le champ de l'ordonnance de 2015 et de son décret d'application, qui lui sont donc intégralement applicables¹. Le juge du référé précontractuel était par ailleurs bien compétent pour connaître de la procédure de passation de ce marché public (voyez par exemple : CE, 5 février 2018, *Centre national d'études spatiales et autres*, n° 414846, aux T sur ce point).

Le champ d'application de cette règle résulte des termes de l'article 32 qui dispose que « *sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section IV, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés ...* ». Or les marchés publics globaux de performance sont, avec les marchés publics de conception-réalisation (art 33, sous-section 1) et les marchés publics globaux sectoriels (art 35, sous-section 3), mentionnés (art 34, sous-section 2) à la section IV, consacrée aux marchés publics globaux.

Pour juger que, malgré ce qui paraît ressortir assez clairement de la lettre de ce texte, les marchés publics globaux de conception-réalisation et de performance « sont également soumis à une obligation d'allotissement », et que cette obligation avait en l'espèce était méconnue par la Région Réunion, l'auteur de l'ordonnance attaquée semble avoir retenu une interprétation très restrictive de la réserve énoncée au début de l'article 32, qui l'a conduit à considérer que ces deux catégories de marchés publics globaux ne seraient dispensés de l'obligation d'allotissement qu'en ce qui concerne les prestations qui peuvent, en application des dispositions qui les instituent, faire l'objet d'un même marché, mais ne le seraient pas pour toute autre critère sur lequel pourraient être distinguées les prestations du marché. Il a ainsi estimé que « si les différentes prestations pour lesquelles le marché en litige a été passé n'avaient pas à faire l'objet de marchés séparés dès lors qu'il était recouru à un marché passé sur le fondement de l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, il résulte toutefois de l'instruction que la tranche ferme du marché a pour objet le déploiement du très haut débit dans six communes qui ne forment pas un territoire continu et auraient donc pu servir de support à un allotissement géographique du marché ». En d'autres termes, seules les prestations globalisées des deux premiers marchés globaux mentionnés à la section IV pourraient légalement ne pas être alloties.

Une telle interprétation nous semble difficilement soutenable. Elle repose sur l'idée que la règle de l'allotissement aurait une portée générale à l'aune de laquelle toute dérogation devrait être interprétée strictement. Or rien ne justifie de lui donner une telle portée.

D'une part, parce qu'il ressort de la lettre même de l'article 32 que l'allotissement n'est pas posé comme un principe général mais comme une règle dont le champ d'application est défini par cet article, qui en exclut expressément les marchés publics globaux mentionnés à la section IV ainsi que des marchés publics de défense et de sécurité. Il est vrai que la formulation qui distingue les marchés publics globaux de ces deux autres types de marchés

¹ En effet, ne sont applicables à une procédure en raison de la décision par l'acheteur de s'y soumettre que les règles qu'il a entendu rendre ainsi applicables : CE, 3 juin 2009, *GIP Carte du professionnel de santé*, n° 319103, aux T.

pourrait laisser penser que ces deux exclusions n'ont pas la même portée. Mais nous voyons aucune raison de donner aux termes « *sous réserve des marchés* » une portée exclusive moindre qu'aux termes « *marchés autres que* ». Dans le premier cas comme dans le second, ces termes ont pour objet et pour effet d'exclure du champ d'application de la règle.

La distinction opérée par l'auteur de l'ordonnance attaquée pour l'application de ces dispositions entre les deux premières catégories, qui seraient soumises dans une certaine mesure à la règle de l'allotissement, et la troisième qui en serait complètement dispensée, apparaît en outre peu compatible avec la lettre du texte qui réserve l'ensemble des marchés globaux de la section IV.

D'autre part, parce qu'aucune norme supérieure, constitutionnelle ou européenne, ne pose un principe général d'allotissement au regard duquel toute exemption devrait être interprétée strictement. Ainsi, la règle de l'allotissement ne se rattache à aucun des principes généraux de la commande publique, qu'il n'a pas non plus pour finalité de satisfaire. Il vise un autre objectif, l'accès aux marchés publics du plus grand nombre d'opérateurs ; il n'a pas toujours existé, n'est pas rendu obligatoire, nous l'avons dit, par la directive marché, et ne concerne pas tous les contrats de la commande publique, notamment pas les concessions. Ce n'est enfin ni le seul moyen d'y parvenir, ni le plus ancien.

L'absence de portée supérieure de cette règle ressort encore du contrôle juridictionnel de son application. Vous avez pris soin de préciser que le contrôle du juge saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité du recours à un marché global, bien que normal, s'exerce sur l'analyse des motifs de dérogation à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et « eu égard à la marge d'appréciation qui lui est reconnue pour estimer que la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients mentionnés à l'article 10 du CMP » (CE, 26 juin 2015, *Ville de Paris*, n° 389682, aux T).

Ajoutons enfin que l'interprétation retenue par le juge du référé n'est partagée ni par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie (voir sa fiche consacrée aux contrats globaux), ni par la doctrine, qui considèrent tous que ces marchés sont totalement hors du champ de la règle de l'allotissement (voyez notamment les commentaires particulièrement avisés du code des marchés publics des éditions Dalloz). La rédaction de l'article L. 2171-1 du nouveau code de la commande publique, adopté à droit constant, va encore plus clairement dans ce sens puisqu'il introduit le chapitre consacré aux trois catégories de marchés globaux en indiquant qu'ils sont passés « *par dérogation au principe d'allotissement* ».

Si vous nous suivez pour considérer que les marchés publics globaux sont totalement exclus du champ d'application de la règle de l'allotissement et pas seulement pour les prestations qui peuvent être comprises dans un marché unique, il n'y a pas lieu de distinguer comme l'a fait le juge du référé précontractuel entre l'allotissement fonctionnel et l'allotissement géographique, qui sont des modalités d'allotissement soumises au même régime juridique. Vous avez ainsi refusé de consacrer un degré intermédiaire de contrôle juridictionnel lorsque l'acheteur procédait à un allotissement exclusivement géographique de prestations fonctionnellement distinctes, préférant limiter dans tous les cas votre contrôle à l'erreur manifeste dans la détermination des lots (CE, 25 mai 2018, *OPH des Hauts-de-Seine et sté Eiffage construction habitat*, n° 417428, 417439, au rec).

Vous annulerez donc l'ordonnance attaquée et prononcerez en conséquence un non lieu à statuer sur les conclusions en tierce-opposition de la société Orange ainsi que sur l'intervention de la région Réunion au soutien de ces conclusions de la société Orange.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Il vous faudra ensuite, comme à votre habitude dans ce contentieux, régler l'affaire au fond et pour ce faire examiner les nombreux moyens soulevés par la société Réunicable, qui vous conduiront à entrer dans le détail d'une procédure de sélection complexe, tant du fait de l'objet du marché que des modalités de sa passation.

Mais avant cela vous devrez répondre aux conclusions présentées par la société Réunicable tendant à ce que la juridiction ordonne à la Région de produire l'intégralité du rapport d'analyse des offres.

Une telle demande peut être regardée comme tendant à la mise en œuvre par le juge soit de ses pouvoirs généraux d'instruction, qui lui permettent de solliciter des parties au procès la production de tout élément qu'il estime utile à la solution du litige, dans le respect des secrets protégés par la loi (voyez, pour une application de ces principes en référé précontractuel, votre décision du 17 octobre 2016, *cne d'Hyères-les-palmiers*, n° 400172, aux T sur ce point), soit de ses pouvoirs spécifiques du juge du référé précontractuel, qui lui permettent d'enjoindre à l'acheteur public de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Dans les deux cas, elle est vouée au rejet.

Dans le premier, parce que, comme nous le verrons à l'occasion de l'examen des moyens invoqués, cette production d'un document largement repris dans les écritures en défense de la Région n'apparaît pas indispensable pour forger votre conviction sur les points en litige. Vous n'aurez même pas besoin de répondre précisément à cette demande (CE, 26 avril 1963, *Dame L...*, Rec. p. 958 ; CE, 7 octobre 1983, *Mlle L...*, n° 35249, p. 403).

Dans le second, parce que si les pouvoirs étendus dont dispose le juge du référé précontractuel pour assurer la régularité de la procédure de passation lui permettent d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de communiquer tout élément que celui-ci est tenu de communiquer au cours de la procédure, tel que les motifs de la décision de rejet d'une offre, [qui doivent, en application de l'article 99 du décret 2016-360 relatif aux marchés publics, systématiquement accompagner la notification du rejet de l'offre au terme d'une procédure formalisée ou être communiqués sur demande dans le cadre des procédures adaptées (CE, 21 janvier 2004, *sté Aquitaine démolition*, n° 253509, aux T)], une telle injonction ne peut porter que sur une communication dont le défaut constitue un manquement de l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Or aucun principe ni aucune disposition ne prévoit la communication du rapport d'analyse des offres. Il appartient à la société Réunicable, si elle souhaite obtenir ce document administratif, de suivre la procédure d'accès aux documents administratif instituée par la loi du 17 juillet 1978.

Les conclusions tendant à l'annulation de la procédure sont beaucoup plus étayées.

Le moyen tiré de ce que la communication des motifs du rejet de son offre ne serait pas complète est à la fois inopérant à l'appui de conclusions en annulation de la procédure, puisqu'il ne pourrait conduire le juge qu'à enjoindre à l'acheteur de compléter la notification de ces motifs et à suspendre la procédure (CE, 21 janvier 2004, *sté Aquitaine démolition*, précitée) et surtout infondé, ainsi que cela ressort du courrier de rejet qui détaille sur près de quatre pages les notes obtenues sur chacun des critères et les mérites respectifs des offres. Contrairement à ce que soutient la société requérante, ce courrier n'avait pas à indiquer sur chacun des points en quoi l'offre retenue était plus performante que la sienne.

La société Réunicable reproche ensuite à la Région Réunion d'avoir méconnu les dispositions de l'article 34 de l'ordonnance de 2015 en incluant dans le marché des prestations

d'assistance à l'exploitation commerciale qui ne pourraient légalement s'y trouver et faute d'avoir prévu une mission complète d'exploitation du service.

Mais la rédaction de l'article 34, aux termes duquel *"les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations"*, n'impose ni que ces marchés ne comportent que des prestations relevant de ces différentes missions, ni qu'ils les comportent totalement. Le recours à ce marché permet seulement aux acheteurs d'attribuer à un même opérateur des missions qui sont en principe distinctes, en vue de remplir des objectifs chiffrés de performance; il ne saurait les y contraindre.

Au demeurant et en tout état de cause, les prestations d'assistance à la commercialisation que vise la société requérante - définition d'un catalogue de services, assistance de la Régie dans son activité de commercialisation du réseau auprès des opérateurs usagers, assistance à la préparation des factures, assistance à la promotion du réseau, etc. - nous semblent se rattacher sans effort à l'exploitation du réseau.

Elle reproche également à la Région d'avoir fixé des engagements de performance qui ne dépendraient pas exclusivement de l'exécution des prestations confiées au titulaire. Elle pointe en particulier une stipulation du cahier des clauses techniques particulières par laquelle le titulaire doit s'engager sur la *« dynamique commerciale »* mise en œuvre, mesurée par le *« taux de locaux commercialisés »* et dont le titulaire n'aurait pas la complète maîtrise puisqu'il n'est pas chargé de l'exploitation commerciale des infrastructures, sur laquelle intervient aussi une régie régionale.

Toutefois, ni l'article 34 de l'ordonnance, qui dispose que les marchés publics de performance *« comportent des engagements de performance mesurables »*, ni le I de l'article 92 du décret du 25 mars 2016, qui prévoit que *"La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables fixées par le marché public pour toute sa durée..."*, n'imposent que la réalisation de la performance dépende exclusivement de l'attributaire. Ces performances, qui peuvent porter sur le niveau d'activité, la qualité de service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique, sont des objectifs visés par le contrat, et que le titulaire devra bien entendu s'attacher à atteindre, mais rien n'interdit de fixer des objectifs qu'il ne pourra atteindre seul. La commercialisation de certaines infrastructures, si elle ne dépend pas uniquement du titulaire, fait partie de l'exploitation et nécessite son concours et, à ce titre, peut être un objectif assigné à l'exécution du marché.

Contrairement à ce que soutient la société évincée, les conditions d'affermissement des tranches optionnelles ne nous semblent pas avoir été insuffisamment précisées par l'acheteur. La définition précise des conditions d'affermissement des tranches optionnelles et des prestations qu'elles comportent découle de la règle générale posée par l'article 30 de l'ordonnance selon laquelle *« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation »*. L'article 77 du décret du 25 mars 2016 précise que *"Le marché public définit la consistance, le prix ou ses modalités de détermination et les modalités d'exécution des prestations de chaque tranche. / Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent ; il en est de même des prestations de chaque tranche optionnelle compte tenu des prestations de toutes les tranches antérieures."* Vous avez par exemple jugé qu'un juge des référés avait pu sans dénaturer les pièces du dossier juger trop imprécises les prestations d'une tranche conditionnelle dont le contenu dépendait de la configuration d'un dispositif qui devrait être défini par un arrêté ministériel et ne serait connu que lors de son édicition (CE, 8 août 2008,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Région Bourgogne, n° 307143, aux T). Rien de comparable en l'espèce : le règlement de la consultation indique que « *chacune des tranches sera affermie en fonction du renoncement des opérateurs privés ou du constat de la défaillance de ces derniers* ». La cause de l'affermissement est claire, sans qu'il soit nécessaire de définir ce qu'il faut entendre par renoncement et défaillance. On ne voit pas ce qui ferait obstacle à ce qu'une tranche optionnelle soit partiellement affermie, dans la mesure où il s'agit d'assurer la couverture géographique des parties du territoire sur lesquelles l'initiative privée fait défaut.

Vous écarterez comme inopérant, pour les raisons que nous exposées au stade de l'examen du pourvoi, le moyen tiré de l'absence d'allotissement du marché.

Trois moyens visent l'application du sous-critère "études" du critère technique, qui en comportait quatre. Vous n'aurez pas besoin d'entrer dans l'examen des critiques extrêmement techniques des exigences du règlement de la consultation sur lesquelles portait ce sous-critère, qui concernent la dimension des segments de lignes et des sous-répartiteurs optiques, leur conformité à une note de l'ARCEP ou encore la nécessité d'obtenir des pré-accords pour l'utilisation d'infrastructures tierces, qui ne sont en tout état de cause pas fondées, dans la mesure où la société Réunicable a obtenu sur ce sous-critère la même note de 7,5/10 que sa concurrente et donc que les manquements invoqués, à supposer qu'ils s'agisse bien de manquements et qu'ils soient constitués, n'ont pas été susceptibles de léser la requérante. En effet, c'est l'existence même de ce sous-critère qui est contestée, et non son évaluation : si l'acheteur ne l'avait pas prévu, comme il aurait dû le faire selon la candidate évincée, cela n'aurait rien changé à l'écart des notations des offres.

La société Réunicable reproche à l'acheteur d'avoir tenu compte pour l'appréciation du sous-critère "travaux" du critère technique, pour lequel elle a obtenu la note de 7,5 contre 10/10 à sa concurrente, d'éléments qui relèvent de la valeur financière des offres. Elle en veut pour preuve la lettre de rejet de son offre qui indique sur ce sous-critère que « De plus, vous n'avez pas chiffré et ne proposez pas de moins-value sur votre offre en cas de faisabilité avérée du passage de la collecte de Cilaos en HTA, votre proposition financière à cette opération de collecte étant estimée sur la base d'une réalisation en génie civil neuf ».

Cette remarque, si nous la comprenons bien, porte sur le fait que la proposition de la société Réunicable d'utiliser des infrastructures existantes ne se traduit pas par une réduction du coût de son offre. Il est vrai qu'elle n'a pas sa place dans l'appréciation d'un critère technique. Mais elle ne nous semble pas avoir eu de portée déterminante sur l'évaluation de l'offre sur ce sous-critère, comme l'indiquent les termes "de plus" qui l'introduisent. Il s'agit d'une observation accessoire, surabondante, et en tout état de cause qui ne constitue pas la motivation de la note de 7,5/10 obtenue, qui correspond à une évaluation globale "satisfaisante" portant sur les moyens matériels et humains et la méthodologie proposés par la société Réunicable.

Plusieurs raisons conduisent à écarter le moyen tiré de ce que la Région aurait méconnu ses obligations de mise en concurrence en imposant que les données du système d'information géographique figurent dans les études sous le format « Grace THD », qui désigne un ensemble de spécifications en lien avec des logiciels libres destiné à modéliser, à documenter et à gérer un réseau de télécommunications. La société requérante soutient que cette spécification technique ne répondrait pas aux conditions posées par les articles 6 et 8 du décret de 2016, qui exigent en substance que ces spécifications soient en rapport avec l'objet du marché, formulées par référence à des normes accessibles à tous, non discriminatoires et

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

substituables (voyez, pour une application de ces conditions : CE, 30 septembre 2011, *Région Picardie*, n° 350431, au rec² ; 10 février 2016, *Société SMC 2*, n° 382148, 382154, aux T).

En l'espèce, l'exigence d'utilisation de cette norme n'a pu avoir pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques, car il s'agit d'un format sous licence libre, dont les sources et la documentation ainsi que le développement sont accessibles et ouvert à tous. Tous les candidats avaient donc la possibilité de l'utiliser et de l'adapter aux besoins de l'acheteur. Au demeurant, le marché prévoyait la possibilité de proposer une solution alternative équivalente.

Elle est en rapport avec l'objet du marché puisque ce format a été conçu dans le cadre du projet de l'association des villes et collectivités pour les communications électroniques et l'audiovisuel (AVICCA) afin de disposer d'un modèle conceptuel de données commun, financé par les collectivités et utilisé par toutes les collectivités qui déploient un réseau d'initiative publique.

Enfin, s'il a été reproché à la société Réunicable de n'avoir pleinement satisfait à cette exigence, l'évaluation inférieure à celle de sa concurrente sur ce point qui faisait l'objet d'un sous-sous-critère, n'a pas eu d'incidence sur la notation du sous-critère, qui est la même pour les deux candidates. Et il n'apparaît pas que si son offre avait été jugée satisfaisante sur ce point, elle aurait eu une meilleure note sur le critère.

L'examen du dernier moyen exige encore un peu de gymnastique intellectuelle, puisqu'il conduit à combiner, par le jeu de renvois, plusieurs dispositions du décret du 25 mars 2016, dans leur rédaction issue du décret du 10 avril 2017 (applicable aux marchés dont l'avis d'appel public à la concurrence a été lancé après le 1^{er} juillet 2017, ce qui est le cas en l'espèce). Il est reproché à la Région de n'avoir pas mis en place un jury pour sélectionner les offres, en méconnaissance des dispositions du III de l'article 92 du décret, aux termes desquelles « *Les marchés publics globaux de performance qui répondent à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée et qui comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi du 12 juillet 1985 susvisée sont passés selon les modalités fixées au II de l'article 91* ». Ce dernier article impose lors de la passation des marchés publics de conception-réalisation dont la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée la désignation par l'acheteur d'un jury « *composé exclusivement de personnes indépendantes des candidats* ».

Le marché litigieux entre bien dans le champ de ces dispositions puisque sa valeur, estimée à 200 millions d'euros, est supérieure aux seuils de procédure formalisée et qu'ils comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique.

Mais il était susceptible de bénéficier de l'une des exceptions à l'obligation de constituer un jury énoncées au 2° du II de l'article 91 qui dispose que « *La désignation d'un jury est facultative dans les cas suivants : / a) Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées aux a à c du 1° du II de l'article 90* ». Le c de cet article visant « *l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures* ».

En effet, d'une part, même si cette exception est logiquement, vu sa place à l'article 91, énoncée pour les marchés publics de conception-réalisation, elle s'applique aussi aux marchés publics de performance, par le renvoi de l'article 92 relatif à ces derniers marchés aux « *modalités fixées au II de l'article 91* ».

² « Il y a lieu, s'agissant des marchés de services, d'examiner 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. »

D'autre part, le c) ne doit pas être réservé aux marchés ayant exclusivement pour objet la maîtrise d'œuvre d'ouvrages d'infrastructures mais à tous les marchés qui comportent de telles prestations, y compris lorsque le marché, global, en comporte, comme en l'espèce, d'autres.

Si vous partagez ces analyses, vous rejetterez la demande d'annulation de la procédure présentée par la société Réunicable au juge du référé du TA de La Réunion.

EPCMNC : - Admission des interventions en cassation de la société Orange et de la région Réunion ;

- Annulation de l'ordonnance attaquée ;
- Non lieu à statuer sur la tierce opposition de la société Orange ainsi que sur l'intervention de la Région ;
- Rejet de l'ensemble des conclusions présentées par la société Réunicable au JRTA ;
- Mettiez à la charge de la société Réunicable le versement à la Région Réunion d'une somme de 4 500 euros au titre des frais qu'elle a exposé devant vous et devant le JRTA.
- Nous vous proposons enfin de rejeter les conclusions à cette fin de la société Orange, qui n'était pas présente en première instance et sur le recours de laquelle il n'y a pas lieu de statuer.