

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

En 2008, le syndicat intercommunal de traitement des ordures ménagères (SICTOM), devenu par la suite SYVADE (Syndicat mixte de valorisation des déchets), a conclu avec un groupement composé des sociétés URBASER et Valorgabar International une convention de délégation de service public portant sur la réalisation et l'exploitation d'une plateforme environnementale multifilières de traitement des déchets ménagers et assimilés destinée à remplacer le centre de traitement et de stockage des déchets de la Gabarre, qui présentait des risques pour la santé et l'environnement. L'exécution de cette convention n'ayant pas donné satisfaction au Syndicat mixte, celui-ci en a prononcé la résiliation pour faute en 2012 et lancé une procédure de dialogue compétitif en vue de la conclusion d'un contrat de partenariat ayant pour objet la conception, la construction, le financement partiel, la mise en service et une partie de l'entretien et de la maintenance des installations composant la plateforme, laquelle comprend notamment un incinérateur d'une capacité de 100 000 tonnes par an. Ce marché était composé d'une tranche ferme, ne comportant que les études et d'une tranche conditionnelle comprenant les autres prestations, subordonnée à l'obtention des autorisations administratives requises. Trois groupements ont été admis à présenter des offres : Vinci concessions, Inova et Urbaser. Seul le premier a déposé une offre initiale. Ce n'est cependant qu'un an et demi plus tard que le Syndicat s'est trouvé prêt à signer le marché avec lui. C'est alors que la société Urbaser a saisi le juge des référés précontractuels du TA de Basse-Terre de conclusions tendant principalement à l'annulation de la procédure de passation du contrat, auxquels il a fait droit par une ordonnance du 11 décembre 2014 contre laquelle le SYVADE se pourvoit régulièrement en cassation.

Vous écarterez sans difficulté le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait du appeler à la cause les membres du groupement auquel le pouvoir adjudicateur envisageait d'attribuer le marché, qui ne saurait être utilement invoqué par la partie en défense, dès lors que cette circonstance n'affecte pas le respect du caractère contradictoire de la procédure à son égard (30 septembre 2011, *Dept de la Haute-Savoie* ; n° 350153)¹.

Le Syndicat requérant conteste le manquement aux règles d'égalité et de mise en concurrence retenu par le juge des référés. Celui-ci a commencé par affirmer que si aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obstacle à ce qu'un contrat de partenariat soit fractionné en une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles, les prestations

¹ Egalement : 15 mars 2000, *D...*, n° 185837, aux T; 27 juillet 2005, *B...*, 228554.

de la tranche ferme doivent néanmoins constituer un ensemble cohérent comportant une mission globale susceptible de faire légalement l'objet d'un contrat de partenariat. Cette prémisse, qui nous paraît tout à fait juste, n'est pas contestée par le requérant, qui se concentre sur son application au cas d'espèce qu'il estime entachée de plusieurs dénaturations des pièces du dossier et d'une insuffisance de motivation. Il soutient que le fractionnement des prestations en deux tranches ne saurait remettre en cause le caractère global de la mission dévolue, dès lors que l'affermissement de la tranche conditionnelle était automatique en cas d'obtention des autorisations administratives, notamment du permis de construire, et ne dépendait donc pas du pouvoir adjudicateur. Selon lui, ce fractionnement était équivalent à une clause de résiliation de plein droit du contrat faute d'obtention des autorisations nécessaires.

Nous ne voyons cependant aucune dénaturation dans l'analyse faite par le juge des référés des documents contractuels qui, s'ils indiquent bien dans le projet de contrat que « l'affermissement de la tranche conditionnelle sera automatiquement prononcé par le Syndicat à l'obtention des autorisations administratives », prévoient d'une part également, dans le programme fonctionnel, que « l'affermissement de la tranche conditionnelle sera décidée par le SICTOM en fonction de l'obtention des autorisations administratives », ce qui n'est pas sans introduire une certaine ambiguïté sur les conditions de l'affermissement, d'autre part et surtout que le titulaire resterait engagé par la tranche ferme en cas de non affermissement, de sorte qu'en cas de non obtention des autorisations administratives, un contrat de partenariat pourrait être conclu pour un objet ne répondant pas aux conditions auxquelles l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales subordonne le recours à cette forme contractuelle qui déroge aux principes généraux de la commande publique. A cet égard, la comparaison avec la clause de résiliation n'est pas convaincante puisque cette dernière fait disparaître le contrat alors que le fractionnement a précisément l'effet inverse d'en permettre le maintien pour la seule tranche ferme.

Le reproche adressé au juge des référés de n'avoir pas indiqué pour quelle raison il privilégiait parmi les mentions que nous avons citées relatives aux conditions de l'affermissement celle du programme fonctionnel plutôt que celle du projet de contrat manque en fait dès lors que le juge s'est référé aux deux pour mettre en doute l'automaticité de l'affermissement.

Les questions que soulèvent les moyens dirigés contre les motifs par lesquels le juge des référés a reconnu que la société candidate avait intérêt à demander l'annulation de la procédure de passation du marché et à invoquer le manquement retenu vous permettront de lever certaines ambiguïtés de votre jurisprudence.

Pour reconnaître à la société Urbaser un intérêt à contester la procédure de passation du contrat malgré qu'elle eut renoncé à présenter une offre, le juge des référés s'est fondé sur ce que, compte tenu de sa spécialité, elle avait vocation à exécuter les prestations. Il a ensuite relevé, pour estimer qu'elle avait été lésée par le manquement retenu, qu'il était de nature à la dissuader de présenter une offre répondant aux exigences légales d'un contrat de partenariat.

La requérante soutient que la décision de la société Urbaser de ne pas déposer d'offre, alors qu'elle n'en avait été ni empêchée, ni dissuadée, fait obstacle à ce qu'elle puisse se prévaloir non seulement d'un intérêt pour demander l'annulation de la procédure de passation, mais également d'une lésion, dès lors que le fractionnement litigieux n'a pu influencer son choix de ne pas émettre d'offre initiale. Elle fait également valoir que l'introduction du recours plus d'un an ½ après la date limite de remise des offres trahit une intention dilatoire.

Alors que prises à la lettre les dispositions de l'article L. 551-10 du CJA, aux termes desquelles « *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* », subordonnent la recevabilité des recours visés à une double condition tenant à la fois à l'intérêt à obtenir l'annulation de la procédure de passation dont le demandeur a été exclu et à l'existence d'un lien de causalité entre le manquement invoqué et cette exclusion, vous distinguez ces conditions pour rattacher la première à la recevabilité du recours et la seconde à l'opérance des moyens, conformément au principe traditionnel du contentieux administratif français selon lequel les règles de recevabilité des recours, et notamment l'intérêt pour agir, s'apprécient au regard des conclusions et non des moyens présentés à leur soutien (voyez par ex : Section 22 mars 1996 *Mme P... et R...*, p. 99 et, pour une illustration récente en contentieux contractuel, Ass, *Dépt de Tarn et Garonne*). Cette distinction vous conduit à reconnaître un intérêt à exercer un référé précontractuel à toute société ayant, au regard de sa spécialité, vocation à exécuter le marché (8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143), sans prendre en considération à ce stade les raisons pour lesquelles cette vocation n'a pu se concrétiser, mais à tenir compte de ces raisons pour apprécier la lésion qu'elle a subi du fait des manquements qu'elle invoque afin de décider si elle peut utilement s'en prévaloir (Sect, 3 oct 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, p. 324).

Les effets des manquements invoqués sur la situation du requérant sont cependant parfois pris en compte dès l'appréciation de l'intérêt pour agir lorsqu'il résulte de sa situation qu'il n'était susceptible d'être lésé par aucun manquement, parce qu'il a par exemple obtenu le marché (23 décembre 2011, *Département de la Guadeloupe*, n° 350231, p. 1021)².

Vous avez retenu une formulation identique dans l'hypothèse différente du candidat qui n'avait présenté d'offres que pour certains lots et contestait la procédure d'attribution de tous les lots. Vous avez jugé qu'il n'était pas susceptible d'être lésé par les manquements commis lors de la procédure d'attribution du lot pour lequel il n'avait pas candidaté (1^{er} juin 2011, *Sté Koné*, n° 346405, au rec sur un autre point). Pour le syndicat requérant, cette jurisprudence devait conduire le juge des référés à considérer que la société qui l'avait saisie ne pouvait être lésée dès lors qu'elle n'avait pas présenté d'offre.

La généralité de la formulation des motifs de cette décision, qui ne réserve pas le cas où le manquement aurait empêché ou dissuadé la requérante de présenter une offre, nous paraît en contradiction tant avec l'esprit de la loi qu'avec votre jurisprudence. Sur le premier point, se prononçant sur la possibilité d'introduire, pour l'application des dispositions de la directive recours dont l'article L. 551-10 réalise la transposition, une condition d'intérêt pour agir tenant à la participation à la procédure de passation, la CJCE a précisé que « dans l'hypothèse où une entreprise n'a pas présenté une offre en raison de la présence de spécifications prétendument discriminatoires dans les documents relatifs à l'appel d'offres ou dans le cahier des charges, lesquelles l'auraient précisément empêchée d'être en mesure de fournir l'ensemble des prestations demandées, elle serait en droit d'exercer un recours directement à l'encontre desdites spécifications, et ce avant même que n'intervienne la clôture de la procédure de passation du marché public concerné » (CJCE, 12 février 2004, *Grossman*, aff C-230/02, § 27-28).

Sur le second, l'affirmation de la décision *sté Koné* apparaît en contradiction avec d'autres de vos décisions par lesquelles vous avez jugé qu'une personne qui n'avait pas présenté d'offre pouvait être lésée par un manquement qui l'avait dissuadée de le faire (11 août 2009, *Cité urbaine de Nantes métropole*, n° 319949, aux T ; 30 septembre 2011, *Région*

² Abandonnant une solution contraire : 19 septembre 2009, Communauté d'agglomération de Saint Etienne métropole, n° 296192, p. 952.

Picardie, n° 350431). Il n'apparaît par ailleurs pas envisageable de les concilier en limitant la solution de la décision *sté Koné* à l'hypothèse d'une entreprise candidatant sur certains lots seulement car il serait aussi incohérent que paradoxal de reconnaître à une personne qui n'a présenté aucune offre davantage d'intérêt pour agir qu'à une personne qui a présenté une offre sur certains lots seulement, alors que par définition chaque lot correspond à un marché distinct. La régularité de la procédure de passation s'apprécie lot par lot et la situation du requérant sur les autres lots est sans incidence sur son intérêt à agir contre la procédure d'attribution de l'un des lots.

La solution de la décision *sté Koné* s'explique par la particularité du manquement retenu, qui tenait au fait que le pouvoir adjudicateur avait imposé aux candidats de présenter des offres pour tous les lots. Ce manquement, qui n'avait pas dissuadé la requérante de candidater sur certains lots seulement, n'avait pu la léser en ce qui concerne le lot n° 1 pour lequel elle n'avait pas présenté d'offres. En d'autres termes, l'absence de présentation d'une offre pour un lot permettait d'écarter la lésion au regard du manquement invoqué et non l'intérêt pour agir, contrairement à ce que laisse penser la formule très générale employée.

La présente affaire vous permettra de corriger cette ambiguïté en rappelant que la circonstance qu'une personne n'a pas présenté d'offres, qu'elle n'en ait présenté aucune ou sur certains lots seulement, ne saurait, par elle-même, la priver d'un intérêt à contester la procédure d'attribution du contrat qu'elle a vocation à exécuter, mais qu'elle ne peut invoquer que des manquements qui l'ont empêché ou dissuadé de présenter une offre. Le défaut de présentation d'une offre est une circonstance qui intervient au stade de l'appréciation de l'opérance des moyens et non de l'intérêt pour agir.

Si vous partagez cette analyse, vous constaterez que le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit en écartant la fin de non recevoir tirée de ce que la société Urbaser n'avait pas présenté d'offres après avoir été admise à concourir au motif que son objet social lui donnait vocation à exécuter les prestations du contrat, sans rechercher à ce stade si elle avait été dissuadée de le faire par le manquement qu'elle invoquait.

Il devait en revanche en tenir compte pour apprécier si elle pouvait utilement se prévaloir de ce manquement qui tenait, rappelons-le, à ce que les prestations de la tranche ferme ne pouvaient légalement faire l'objet d'un contrat de partenariat.

Le juge des référés a estimé que ce manquement avait été de nature à la dissuader de présenter une offre, ce qui caractérise effectivement une lésion. Contrairement à ce que soutient la requérante, le fractionnement du marché en une tranche ferme et une tranche conditionnelle était de nature à dissuader la candidate de présenter une offre dans la mesure où elle n'était pas certaine de pouvoir compenser l'investissement réalisé pour l'exécution des prestations de la tranche ferme sur les revenus de l'exploitation des ouvrages, qui faisait l'objet de la tranche conditionnelle.

Le troisième aspect de cette question est temporel. La requérante prétend d'une part que le manquement figurant dans les documents de la consultation, la société Urbaser, qui avait présenté sa candidature, ne pouvait plus s'en prévaloir, d'autre part qu'elle ne pouvait pas attendre un an ½ pour agir après avoir renoncé à présenter une offre.

Le premier point revient à soutenir que le choix du recours à une forme contractuelle se rattache à un stade initial de la procédure que les candidats qui sont passés à la phase suivante ne peuvent plus contester. Ce séquençage de la procédure que décrit précisément votre décision *SMIRGEOMES* ne concerne cependant que les manquements relatifs à des règles conditionnant le passage d'une étape à l'autre. Certaines irrégularités sont en revanche susceptibles d'entacher l'ensemble de la procédure, soit parce qu'elles tiennent à ce que le

pouvoir adjudicateur a suivi une procédure moins contraignante, qui n'a pas offert aux candidats de garanties de transparence, de mise en concurrence et d'égalité de traitement équivalentes à celles dont ils auraient du bénéficier, soit parce qu'elles ont imposé aux candidats dans l'élaboration de leurs offres des contraintes illégales, faussant ainsi le jeu normal de la concurrence. Le recours illégal à une certaine forme contractuelle, qui entraîne des obligations particulières pour les candidats, relève de cette dernière hypothèse.

Cela ne signifie pas que tous les candidats seront toujours lésés par ces irrégularités, car leur offre peut avoir été écartée pour un motif n'ayant rien à voir avec l'irrégularité commise. Mais la circonstance que le choix de la procédure ou la forme contractuelle ait été connu dès l'origine ne prive pas, par elle-même, les candidats s'étant engagés dans la procédure de tout intérêt à la contester.

En l'espèce, la société Urbaser a présenté sa candidature mais a renoncé à présenter une offre après avoir obtenu des réponses aux questions qu'elle avait posées au pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire lorsqu'elle a acquis une connaissance plus complète de l'objet du contrat et des risques qu'impliquait son engagement par un contrat de partenariat sur la seule tranche ferme.

Le second point porte sur le temps qu'elle a laissé passer entre sa décision de ne pas présenter d'offre, qui était définitive à l'expiration du délai de remise des offres, et l'introduction de son recours, soit près d'un an ½. Est-il susceptible de lui faire perdre son intérêt à agir ou à se prévaloir du manquement dont les effets sur sa situation étaient entièrement réalisés au moment où elle a décidé de ne pas présenter d'offre ?

Comme le souligne la requérante, rien ne l'empêchait de saisir le juge des référés précontractuels dès qu'elle a pris conscience de la lésion qu'elle subissait du fait du manquement. Vous n'avez cependant jamais introduit de condition de diligence dans l'appréciation de l'intérêt du candidat évincé à agir ou à invoquer un manquement.

Une telle condition ne méconnaîtrait pas l'esprit de ce recours qui tend à permettre la contestation des irrégularités le plus tôt possible dans la procédure et à éviter des recours dilatoires destinés à nuire à des entreprises concurrentes. La CJCE a ainsi indiqué, dans sa décision précitée, que « le fait pour une personne de ne pas introduire un recours contre une décision du pouvoir adjudicateur fixant les spécifications d'un appel d'offres qu'elle estime pourtant discriminatoires à son détriment, dans la mesure où celles-ci l'empêchent de participer utilement à la procédure de passation du marché en cause, et d'attendre la notification de la décision d'attribution de ce marché pour attaquer celle-ci devant l'instance responsable, en arguant précisément du caractère discriminatoire desdites spécifications, ne correspond pas aux objectifs de rapidité et d'efficacité de la directive 89/665 » et qu'il était possible aux Etats membres de refuser de reconnaître un intérêt pour agir à une personne qui n'avait pas participé à la procédure ni exercé de recours avant l'attribution du marché (§ 37-38).

Ce n'est cependant pas la voie dans laquelle s'est engagé le législateur qui n'a pas posé de condition tenant à ce que le recours soit exercé dès que le manquement est connu de celui qui en subit les conséquences. Vous pourriez certes le déduire de manière prétorienne des conditions d'intérêt et de lésion, mais il faudrait de solides raisons qui ne nous apparaissent pas avec évidence.

Tout d'abord, la nature des recours concernés ne l'impose pas. L'urgence, qui justifie dans les autres référés l'introduction de considérations relatives à la célérité du requérant à agir, n'est pas une condition d'intervention d'un juge qui statue au fond sur les irrégularités dont il est saisi.

Ensuite, le caractère précontractuel du recours et les délais dans lesquels il peut être exercé constitue par lui-même un rempart contre les manœuvres dilatoires.

Enfin, la condition de lésion nous paraît introduire une dose suffisante de subjectivité pour assurer un équilibre entre les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique, sans ajouter une exigence de diligence qui sera particulièrement difficile à appliquer, donnera lieu à de nouveaux débats contentieux devant un juge qui ne manque pas de sujets sur lesquels se prononcer, et ce pour répondre à quelques situations particulières comme celle de la présente espèce. Même les procédures de passation des contrats de partenariat ne durent en général pas aussi longtemps que celle-ci. Son exceptionnelle longueur est imputable au pouvoir adjudicateur qui a attendu plus d'un an ½ pour se décider à attribuer le marché à la seule candidate qui avait remis une offre, apparemment parce qu'il ne parvenait pas à établir un plan de financement. L'annulation de la procédure n'a donc pas eu pour conséquence d'anéantir des opérations dont le pouvoir adjudicateur aurait pu faire l'économie si un recours avait été formé plus tôt. Elle est intervenue après une longue période pendant laquelle il ne s'est rien passé. Il est d'ailleurs difficile de reprocher à la société demanderesse d'avoir attendu d'être sûre que le marché allait être attribué pour le contester. En règle générale, le séquençage juridique de la procédure suffit à éviter de tels délais.

Le dernier moyen du pourvoi reproche au juge des référés d'avoir refusé de tenir compte de l'intérêt public qui, selon son auteur, commandait de ne pas annuler la procédure, au motif que l'article L. 551-2 du CJA ne lui permet de prendre en considération l'intérêt général que lorsqu'il entend ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution d'une décision relative à la passation du contrat.

Non seulement cette solution ressort de la lettre même de l'article L. 551-2 du CJA, mais son interprétation est la seule conforme au droit de l'Union dont il assure la transposition.

L'article L. 551-2 distingue tout d'abord très nettement les deux catégories de décisions que le juge du référé peut prendre et réserve la prise en considération des conséquences négatives des mesures envisagées à celles qui relèvent de la première catégorie. Son alinéa premier indique ainsi que « *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.* » L'annulation des décisions est envisagée par le second alinéa – « *Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.* » - qui ne laisse au juge aucune possibilité de ne pas prononcer l'annulation d'une décision qui méconnaît les règles de publicité et de mise en concurrence. L'utilisation du verbe pouvoir ne nous semble pas ici conférer au juge des référés une marge de manœuvre dont l'exercice le conduirait à apprécier les effets de l'annulation. Employé aux deux alinéas, il décrit seulement les différents pouvoirs dont dispose le juge, non les modalités de leur mise en œuvre.

Cette interprétation littérale de ces dispositions nous paraît ensuite la seule qui soit compatible avec la directive recours du 11 décembre 2007 dont l'article 2.5 ne permet aux Etats membres que de « *prévoir que l'instance responsable des procédures de recours peut tenir compte des conséquences probables des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et décider de ne pas accorder ces mesures lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages* ». Or le 1° de l'article 2 distingue très nettement ces mesures provisoires visant à corriger les

violations alléguées ou à les empêcher (a) des annulations des décisions illégales (b), que l'autorité responsable de la procédure de recours doit prononcer si elle constate une violation des règles de passation des marchés publics.

Toute autre solution aboutirait à donner au juge du référé le pouvoir de ne pas censurer une violation des règles de publicité et de mise en concurrence au nom de l'intérêt général, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, de ne pas assurer le respect de règles d'origine européenne dans l'exercice même d'une compétence qu'il exerce pour ce faire. Nous doutons fort que la Cour de justice de l'UE, dont on connaît la réticence à faire usage de son pouvoir de modulation des effets de ses décisions constatant une violation du droit de l'Union et la réticence encore plus grande à le reconnaître aux Etats membres³, admette que les instances responsables des procédures de recours puissent valider au nom de l'intérêt général des contrats conclus en méconnaissance des règles de transparence et de mise en concurrence. Ajoutons enfin que l'objet même du référé précontractuel est d'éviter que de tels contrats soient conclus et que si l'annulation de la procédure retarde leur passation et crée une situation d'urgence, le pouvoir adjudicateur pourra recourir à des procédures accélérées.

EPCMNC : Rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge du SYVADE le versement à la société Urbaser environnement d'une somme de 3 000 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.

³ Cf CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten*, aff. C-409/06, AJDA 2010, p. 2305 ; CJUE, 28 février 2012, *Inter-environnement Wallonie ASBL*, aff. C-41/11.