

N^{os} 420296, 420603
SOCIETE VEOLIA EAU - COMPAGNIE
GENERALE DES EAUX
SYNDICAT INTERDEPARTEMENTAL
POUR L'ASSAINISSEMENT DE
L'AGGLOMERATION PARISIENNE

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 23 janvier 2019
Lecture du 8 février 2019

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. La présente affaire, au-delà de son enjeu financier de près de 400 millions d'euros, pose deux intéressantes questions qui touchent, en premier lieu, à l'incidence de votre jurisprudence CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n°358994, p. 70, sur le régime des interventions en contentieux contractuel et, en second lieu, à l'usage du français dans l'exécution d'un marché.

2. Le Syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne (SIAAP) et la société Véolia Eau - Compagnie générale des eaux vous ont saisi, respectivement sous les n°420296 et 420603, de deux pourvois dirigés contre un même arrêt du 13 mars 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Paris, sur déféré préfectoral, a suspendu l'exécution du marché qu'ils avaient conclu pour l'exploitation de l'usine d'épuration dite « Seine Amont », située à Valenton. Suez services France, titulaire sortant du marché, a présenté une intervention au soutien de l'arrêt attaqué.

Il faut dire un mot de ce marché et surtout de la procédure de passation.

L'usine de Valenton a été mise en service en 1987 et sa capacité quotidienne de traitement d'eaux usées, initialement de 150 000 m³, a graduellement été portée à 600 000 m³. Il s'agit de la deuxième station en importance de l'agglomération parisienne après celle d'Achères, dite « Seine Aval », qui traite 1,5 million m³ et devant celle de Noisy-le-Grand, dite « Marne Aval », qui en traite 75 000. Le contrat de la Sequaris, filiale de Suez services France, a expiré le 31 mars 2018. Le SIAAP a fait alors le choix de recourir, pour l'avenir, à une société

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.

d'économie mixte à opération unique (SEMOP), nouvelle forme de gestion du service public instituée par la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique. C'est d'ailleurs la première fois que le Conseil d'Etat connaît au contentieux d'une procédure relative au choix d'une SEMOP.

Selon l'article L. 1541-1 du code général des collectivités territoriales, la personne publique peut créer une telle structure « *avec au moins un autre actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence* » réalisée dans les conditions définies à l'article L. 1541-2. La procédure de mise en concurrence en question est celle qui est normalement applicable aux concessions ou aux marchés, en fonction de la nature du contrat destiné à être conclu. La particularité du dispositif issu de la loi de 2014 réside en ceci que l'avis d'appel à la concurrence comporte, en outre, un **document de préfiguration**, qui précise la volonté de confier l'opération projetée à une SEMOP à constituer avec le candidat qui sera sélectionné.

Ce document doit décrire les principales caractéristiques de la SEMOP, telles que la part de capital détenue par la personne publique, les règles de gouvernance et de contrôle, ainsi que celles de dévolution de l'actif et du passif. A l'issue de la procédure de sélection du candidat, le contrat est conclu entre la collectivité et la SEMOP, qui est substituée à ce partenaire pour la passation du contrat. Les commentateurs ont qualifié ce régime de « PPP institutionnalisé ».

Le conseil d'administration du SIAAP a donc lancé, par une délibération du 22 juin 2016, une procédure d'appel d'offres ouvert pour sélectionner l'actionnaire d'une SEMOP destinée à exploiter l'usine « Seine Amont ». Seuls deux candidats ont remis une offre : le sortant Suez et Véolia. Le 6 juillet 2017, le conseil d'administration a approuvé l'attribution du contrat à cette dernière société pour un montant d'un peu plus de 397 millions d'euros sur une période de douze ans et autorisé son président à le signer. La SEMOP à constituer devait être détenue à hauteur de 60% par Véolia et de 40 % par le SIAAP. L'acte d'engagement du marché a été signé le 7 septembre 2017 et les formalités de constitution de la SEMOP aussitôt engagées.

C'est alors que le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, a déféré le contrat au tribunal administratif de Paris en vue de son annulation. Il a assorti ce déféré d'une demande de suspension sur le fondement des dispositions de l'article L 554-1 du code de justice administrative, qui renvoient elles-mêmes aux articles l'article L. 3132-1 et L. 5421-2 du code général des collectivités territoriales pour les établissements publics interdépartementaux. On sait qu'en application de ces dispositions il est fait droit à la demande de suspension si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué – l'existence d'une situation d'urgence n'est pas requise – et que le juge des référés doit statuer dans un délai d'un mois.

Le 15 novembre 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Paris, statuant en formation collégiale, a suspendu l'exécution du marché au motif qu'il avait été incompétamment signé par Véolia et non par la SEMOP – nous avons dit que la SEMOP n'était pas encore constituée à la date de la signature. Toutefois, ce vice étant régularisable, le

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.

juge a différé la prise d'effet de sa décision au 1^{er} décembre 2017. En revanche, il a considéré que les autres vices invoqués n'étaient pas de nature à faire naître un doute sérieux.

Au passage, le juge a refusé d'admettre l'intervention de Suez au soutien du déféré. Il a considéré que l'entreprise, en sa qualité de concurrent évincé, disposait de voies de recours qui lui étaient propres devant le juge du contrat et accessoirement devant le juge des référés, dans le cadre posé par votre décision *Département de Tarn-et-Garonne*. Elle n'était donc, par suite, pas recevable à intervenir à l'appui des conclusions présentées par le préfet.

Le SIAAP et Véolia ont alors procédé à la régularisation à laquelle les invitait l'ordonnance du 15 novembre 2017, d'abord en achevant les formalités de création de la SEMOP, qui a pris le nom de SIVAL, ensuite en signant une convention tripartite avec cette dernière. La convention a été transmise au contrôle de légalité et n'a pas été contestée.

Le préfet et Suez n'en ont pas moins fait appel de l'ordonnance du juge des référés, le premier en tant seulement que cette ordonnance différerait la mesure de suspension au 1^{er} décembre 2017 et prévoyait la possibilité d'une régularisation. La cour de Paris a statué sur ces requêtes par l'arrêt attaqué du 13 mars 2018.

Cette décision annule le jugement en tant qu'il refuse d'admettre l'intervention de Suez (article 1^{er}), admet cette intervention devant la cour (article 2) et suspend immédiatement l'exécution du marché (article 3). Le moyen retenu par la cour pour suspendre le marché est tiré de ce que les stipulations de l'article 8.5 du règlement de la consultation, intitulé « *Langue et rédaction des propositions et d'exécution des prestations* », auraient méconnu les principes du droit de l'Union européenne. La cour a également considéré qu'une suspension immédiate ne portait pas une atteinte excessive à l'intérêt général, compte tenu de la possibilité de prolonger le contrat de l'exploitant antérieur, qui arrivait à échéance à la fin du mois.

3. Avant de nous pencher sur le contenu des pourvois il faut préciser que la SIVAL, actuel titulaire du contrat, a présenté devant le Conseil d'Etat des écritures par lesquelles elle s'associe aux conclusions de Véolia et du SIAAP. Quel est son statut procédural ?

Cette société n'était pas partie dans l'instance ayant donné lieu à l'arrêt attaqué et elle n'a pas davantage présenté d'intervention devant la cour, qui ne l'avait pas mise en cause mais lui a néanmoins notifié l'arrêt attaqué à l'issue de la procédure. Elle n'a donc pas qualité à se pourvoir en cassation (CE, 30 juillet 1949, *Sieur F...*, n°95810, pp. 409) et, à supposer qu'elle ait eu cette qualité, son pourvoi aurait été tardif.

Il ne s'agit pas non plus d'une intervention, puisque la SIVAL a été mise en cause comme observateur devant le Conseil d'Etat. Certes, la SIVAL a sans aucun doute intérêt à soutenir le pourvoi. Cependant, vous jugez de manière constante « *que les mémoires produits par des tiers en réponse à la communication de la procédure que leur a faite la juridiction ne constituent pas des interventions mais seulement des observations, alors même qu'ils auraient eu intérêt à intervenir et ce quel que soit l'intitulé de leur mémoire* » (conclusions de

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.

G. Pellissier sur CE, 9 mars 2018, *Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel*, n°409972, p. 69). Or, les mémoires de la SIVAL ont été produits en réponse à la communication qui lui a été faite des deux pourvois en cassation.

Vous retiendrez donc pour la SIVAL la qualité d'observateur.

4. Le premier moyen, soulevé dans les deux pourvois, est justement tiré de ce que la cour aurait méconnu son office et le principe du contradictoire en s'abstenant de mettre en cause la SIVAL, pourtant titulaire du contrat, en qualité de partie.

Toutefois le moyen tiré d'une méconnaissance du principe du caractère contradictoire de la procédure ne peut, en principe, être utilement soulevé par une partie que pour ce qui la concerne : cf. au sujet de la communication de la requête CE, 15 mars 2000, *Mme D...*, n°185837, T. p. 1161 ou CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie et société GTS*, n°s 350153, 350992, T. p. 813-1020-1084-1097. Certes, la SIVAL reproche elle aussi à la cour de ne pas lui avoir communiqué la requête mais en sa qualité d'observateur elle ne peut, à la différence d'un intervenant, soulever de moyen propre.

Une branche de l'argumentation du syndicat pourrait être regardée comme un moyen distinct : en substance, il soutient que la cour aurait méconnu son office en suspendant l'exécution du marché conclu avec Véolia, alors que la SIVAL s'était substituée à cette dernière.

Il est vrai que dans son dispositif, la cour a maladroitement repris la dénomination du marché retenue dans le jugement du tribunal, rendu à une date où la convention de régularisation n'avait pas encore été passée. Il s'agit toutefois d'une simple erreur de plume, la motivation de l'arrêt ne laissant subsister aucune ambiguïté sur le marché suspendu.

5. Le deuxième moyen de procédure est plus substantiel. Véolia et le SIAAP soutiennent que la cour aurait commis une erreur de droit et qualification juridique en jugeant, à la différence du tribunal, que l'intervention de Suez en première instance au soutien du déféré préfectoral était recevable. Ils soulèvent la méconnaissance des règles qui gouvernent l'appréciation de l'intérêt à intervenir, d'une part, en matière plein contentieux en général et, d'autre part, en matière de contentieux contractuel depuis votre décision *Département de Tarn-et-Garonne*.

5.1. La première branche de l'argumentation s'appuie sur la conception traditionnelle de la recevabilité de l'intervention en plein contentieux. Elle rappelle que vous avez longtemps exigé que son auteur se prévale, non seulement d'un intérêt à intervenir, mais d'un véritable droit auquel la décision à rendre est susceptible de préjudicier (CE, Sect., 15 juillet 1957, *Ville de Royan et Société anonyme des casinos de Royan*, n°s 0100, 40134, p. 499 ; CE, Ass., 2 juillet 1965, *Ministre des finances et secrétaire d'Etat au budget c/ Protection mutuelle des agents des chemins de fer de France et de l'Union française*, n°s 38804 49394, p. 399) – et cela, y compris lorsque l'intervention est présentée au soutien d'un pourvoi en cassation (CE, Sect., 12 mai 1961, *Société La Huta*, n°40674, p. 313).

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.

Toutefois, votre jurisprudence récente a fortement assoupli l'appréciation de l'intérêt pour agir des intervenants en plein contentieux, en l'alignant dans une large mesure sur le régime de l'excès de pouvoir : c'est le sens de votre décision CE, Sect., 25 juillet 2013, *OFPRA c/ Mme E... F...*, n°350661, p. 224, qui juge en contentieux de l'asile qu'« est recevable à former une intervention, devant le juge du fond comme devant le juge de cassation, toute personne qui justifie d'un intérêt suffisant eu égard à la nature et à l'objet du litige ».

La référence à la nature et à l'objet du litige permet, certes, d'envisager des nuances dans l'appréciation de l'intérêt pour intervenir selon le type de contentieux. Cependant, dans le champ contractuel qui nous intéresse ici, vous vous êtes rapidement orientés vers une acception large de cet intérêt avec votre décision CE, 10 février 2014, *Cabinet Henri Abecassis*, n°367262, T. p. 531-746-802-838, qui admet l'intervention du Conseil national des barreaux dans un litige contractuel, au soutien de la demande tendant au maintien d'un marché public de services passé entre un SDIS et un cabinet d'avocats.

La contrainte se situe en réalité au stade de l'opérance des moyens et non à celui de la recevabilité de l'intervention : si l'intervenant peut soulever des moyens différents de ceux du recours principal – c'est d'ailleurs en cela que réside toute la portée utile de l'intervention – ces moyens ne peuvent se rattacher à une autre cause juridique que celles qui sont en débat entre les parties : CE, Ass., 5 mars 1976, *T...*, n°95983, p. 132, ou plus récemment CE, 14 mars 2003, *M. M...*, *Mme L...*, n°228214, p. 125.

5.2. La seconde branche de l'argumentation, on l'a dit, se fonde sur la logique qui gouverne le contentieux contractuel des tiers issu de votre décision *Département de Tarn-et-Garonne*. Elle consiste, en substance, à défendre l'idée que le concurrent évincé dispose désormais de toute la panoplie des voies de recours nécessaires pour faire valoir ses intérêts : référés précontractuel et contractuel, puis recours en contestation de la validité du contrat assorti, le cas échéant, de conclusions indemnitaires ou d'un référé suspension.

Selon les pourvois, l'existence de ces voies de recours spécifiques, encadrées par des exigences particulières en matière de recevabilité et d'opérance des moyens, ferait obstacle à l'intervention d'un concurrent évincé tel que Suez à l'appui de la demande d'annulation et de suspension formée par un « tiers privilégié » qu'est le préfet. En effet, une solution différente permettrait de contourner, par la voie de l'intervention, les règles de rationalisation du recours en contestation de la validité du contrat posées par la décision *Département de Tarn-et-Garonne*. Elle permettrait également, en l'espèce, de contourner la condition d'urgence à laquelle l'article L. 521-1 du code de justice administrative subordonne le prononcé d'une mesure suspension lorsque celle-ci est demandée par un « non privilégié ».

Sur ce dernier point, on observera que Suez a bien introduit un recours *Tarn-et-Garonne* devant le tribunal administratif de Paris en sa qualité de concurrent évincé, sans toutefois l'assortir d'une demande de suspension : l'entreprise a préféré se greffer sur le référé du préfet par la voie de l'intervention, ce qui s'explique très probablement par le fait que celui-ci est dispensé de justifier de l'existence d'une situation d'urgence.

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.

On sait que le tiers qui forme un recours *Tarn-et-Garonne* doit être susceptible d'avoir été lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou par ses clauses. Cette exigence s'impose, bien évidemment, pour le référé-suspension dont il peut être assorti (CE, 14 octobre 2015, *Région Réunion*, n°391183, p. 347). En outre, à l'exception du préfet et des membres de l'organe délibérant de la collectivité concernée, les autres tiers ne peuvent invoquer dans le cadre de ce recours « *que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office* ». Ainsi, le concurrent évincé « *ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction* » (CE, Sect., 5 février 2016, *Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport*, n°383149, p. 10).

Si le raisonnement des pourvois n'est pas dépourvu de cohérence et qu'il peut se prévaloir de l'impératif de sécurité juridique qui guide votre jurisprudence en matière de recevabilité et d'opérance depuis *Tarn-et-Garonne*, nous ne parvenons pas à y adhérer.

Il est indéniable qu'en admettant l'intervention d'un tiers dans le cadre d'une instance *Tarn-et-Garonne* ou d'un référé-suspension qui en est l'accessoire, vous élargiriez le champ du débat contentieux puisque vous permettriez à cet intervenant de faire valoir un intérêt lésé qui lui est propre, distinct de ceux des parties et par conséquent des moyens différents.

Cette circonstance n'est toutefois pas suffisante pour emporter notre conviction.

Tout d'abord, les décisions citées *OFPRA* et *Cabinet Henri Abecassis* ne sont antérieures que de quelques mois à *Tarn-et-Garonne* et, de surcroît, nous voyons mal comment vous pourriez concilier cette tendance de fond à la libéralisation de l'intérêt à intervenir en plein contentieux, avec la suppression radicale de cette voie procédurale dans le champ contractuel.

En outre, l'irrecevabilité serait opposée, non seulement aux concurrents évincés, mais de façon générale à tous les tiers, qu'ils soient « non privilégiés » (associations, contribuables, etc.) ou « privilégiés » : préfets et membres des organes délibérants des collectivités. Or, nous ne pensons pas que l'éviction de ces derniers soit opportune « *compte tenu des intérêts dont ils ont la charge* », pour reprendre les termes de votre décision *Tarn-et-Garonne*.

Ajoutons qu'en matière de référé précontractuel, vous admettez déjà qu'un concurrent évincé puisse intervenir à l'appui de la requête d'un autre concurrent : CE, 19 janvier 2011, *Société TEP – Technique d'Environnement et Propreté et Ville de Paris*, n°s340773, 340780.

Enfin, les conséquences d'une intervention sur la délimitation du débat contentieux demeurerait mesurées puisqu'en tout état de cause, l'intervenant ne peut présenter des conclusions différentes de celles des parties : cf. en contentieux indemnitaire CE, Sect., 6 novembre 1959, *Dame Pomar*, n°31813, p. 583 ou CE, 30 novembre 1973, *Sieur C...*, n°80908, p. 688 ; et en excès de pouvoir CE, Ass. Pl., 1^{er} juin 1956, *Société « Approvisionnement, Livraison, Vente et Publicité »*, n°217691, p. 216. Vous réservez

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.

simplement à l'intervenant, dans des cas très particuliers, la possibilité de « *faire valoir des prétentions propres à condition de ne pas présenter des questions différentes de celles soumises au juge par les parties* » (décision citée *M. M...*, *Mme L...*, n°228214, p. 125.).

Nous vous proposons donc de juger que la cour :

- n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, contrairement au tribunal, que l'existence des voies de recours ouvertes à Suez n'était pas de nature à faire obstacle à la recevabilité de son intervention à l'appui de la demande en suspension dont le préfet avait assorti son déféré ;
- n'a pas commis d'erreur de qualification juridique en retenant que Suez était recevable à intervenir dès lors qu'elle a, en sa qualité de concurrent évincé, intérêt à l'annulation et à la suspension de l'exécution du contrat.

A ce stade, il nous semble nécessaire de préciser que l'auteur de l'intervention recevable ne doit évidemment pas pouvoir soulever, à cette occasion, d'autres moyens que ceux qu'il aurait pu invoquer dans le cadre des voies de recours qui lui sont ouvertes, devant le juge du contrat ou en référé. Il doit être pleinement soumis à l'autre volet déjà évoqué de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, relatif à l'opérance des moyens (cf. pour le référé précontractuel CE, Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, p. 324). Autrement dit, le tiers « non privilégié » qui intervient ne doit pouvoir invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont il se prévaut, ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Ainsi, pour prendre l'exemple de Suez, l'intervenant qui se prévaut de sa qualité de concurrent évincé ne peut utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation du contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

En jugeant également ce point vous ferez en sorte que l'intervention, dont vous confirmerez la recevabilité de principe, ne puisse être utilisée par l'intervenant pour contourner les exigences qui encadrent les recours des tiers devant le juge des référés ou le juge de la validité du contrat, eu égard à l'impératif de sécurité juridique.

6. Nous en venons à présent au moyen dirigé contre le motif retenu par la cour pour suspendre l'exécution du marché litigieux, c'est-à-dire l'existence, dans le règlement de la consultation, d'une stipulation médiatement baptisée « clause Molière ».

La clause incriminée figure à l'article 8.5 de ce règlement, intitulé « *Langue et rédaction des propositions et d'exécution des prestations* », qui prévoit en deux alinéas que : « *Tous les documents constituant ou accompagnant les offres devront être entièrement rédigés en français/. La langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution est le français exclusivement* ». La cour a jugé que le moyen tiré de la contrariété de ces stipulations avec les libertés fondamentales garanties par le TFUE était de nature à créer un doute sérieux. Les requérants soutiennent qu'elle a ainsi dénaturé les stipulations en question, insuffisamment motivé sa décision et commis une erreur de droit.

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.

C'est votre décision CE, 4 décembre 2017, *Ministre de l'intérieur c. Région Pays-de-Loire*, n°413366, T. pp. 500-672 qui a fixé le cadre jurisprudentiel permettant d'apprécier la légalité des exigences particulières qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, « *pour prendre en compte les considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi* » (I de l'article 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics). Une telle mesure, si elle restreint l'exercice des libertés fondamentales garanties par le TFUE, « *ne peut être admise qu'à la condition qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* ». Il faut rappeler que dans cette affaire, était en cause une « clause d'interprétariat » prévue au CCAP, visant à garantir la sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier lors de la réalisation de tâches signalées comme présentant un risque particulier. Vous en aviez confirmé la légalité.

En revanche, un jugement un peu postérieur du TA Lyon, 13 décembre 2017, *Préfet de la région Rhône-Alpes*, n°1704697, a annulé une délibération du conseil régional approuvant des modifications aux CCAP des marchés de travaux de la région. La « *clause de langue française* » ainsi prévue stipulait que « *le titulaire du marché s'engage à ce que tous ses personnels, quel que soit leur niveau de responsabilité et quelle que soit la durée de leur présence sur le site, maîtrisent la langue française* », sauf « *mise à disposition alternative d'un traducteur* ». Cette clause était assortie de sanctions en cas de non-respect, dont une pénalité de 5% du montant du marché applicable en cas de « *présence d'un travailleur détaché en règle vis-à-vis de l'inspection du travail* ».

A l'évidence, dans le cas présent, nous sommes très loin de ce type de mesures, visant à limiter ou à interdire le recours aux travailleurs détachés, que l'instruction interministérielle du 27 avril 2017 relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés a pour objet de prévenir.

Tout d'abord, la stipulation en question figure dans le règlement de la consultation, document qui régit les relations entre le pouvoir adjudicateur et les candidats à l'attribution du contrat. Cette pièce n'a pas de caractère contractuel au stade de l'exécution du marché. Ainsi la clause litigieuse, à supposer même que tel ait été son objet, n'aurait pu avoir pour effet de restreindre l'emploi, par l'attributaire du contrat, de travailleurs détachés, ni plus généralement de faire obstacle à l'exercice effectif de la libre prestation de services.

En outre, il n'apparaît pas non plus que la stipulation poursuivait un objectif de cette nature. Il ressort de ses termes mêmes qu'elle vise essentiellement les relations du SIAAP avec les différents candidats, en amont de l'attribution du marché, puisqu'elle évoque la langue dans laquelle doivent être rédigées les offres et se dérouler les « *opérations préalables* » au choix du titulaire du contrat. Et quand elle ajoute brièvement que le français est aussi la « *langue de travail (...) pour son exécution* » il s'agit d'envisager, à l'évidence, les échanges administratifs entre les parties et non d'imposer l'usage ou la maîtrise de la langue française par les travailleurs étrangers susceptibles d'intervenir dans l'exploitation de l'usine.

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.

Cette conclusion est corroborée par la lecture des stipulations pertinentes du CCAP, d'ailleurs mentionnées par le préfet dans son déféré : l'article 4.3 « Dispositions applicables en cas d'intervenants étrangers » et l'article 15 « Droit et langue ».

Ce dernier article prévoit ainsi que : *« Tous les documents, inscriptions sur matériel, correspondances, demandes de paiement ou modes d'emploi doivent être entièrement rédigés en langue française. S'ils sont rédigés dans une autre langue, ils doivent être accompagnés d'une traduction en français, certifiée conforme à l'original par un traducteur assermentés / les correspondances relatives au marché sont rédigées en français »*. Ainsi, l'exécution du marché au sens de l'article 8.5 du règlement de la consultation vise la documentation et les échanges administratifs nécessaires à la vie du marché, non la réalisation des prestations.

Quant à l'article 4.3, il a justement pour objet de prévoir les modalités du recours *« aux services d'un sous-traitant étranger »* et non d'y faire obstacle. On peut mentionner dans le même sens l'article 4.4, selon lequel l'exploitant doit remettre une attestation sur l'honneur indiquant son intention *« de faire appel pour l'exécution des prestations, objet du contrat, à des salariés de nationalité étrangère »*. Ces stipulations n'imposent ni directement, ni indirectement, l'usage ou la maîtrise de la langue française par les travailleurs étrangers susceptibles d'intervenir dans le cadre ainsi posé.

Nous vous invitons donc à juger que la cour a dénaturé les stipulations de l'article 8.5 du règlement de la consultation en estimant que le moyen tiré de la contrariété avec les principes du droit de l'Union européenne était de nature à créer un doute sérieux. On pourrait, au surplus, s'interroger sur la régularité de la motivation minimaliste retenue par la cour pour justifier la suspension d'un marché de près de 400 millions d'euros (*« le moyen (...) est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la validité du contrat »*).

En accueillant ce moyen vous annulez l'article 3 de l'arrêt, qui prononce la suspension de l'exécution du marché. L'article 1^{er} se bornait à censurer le jugement en tant qu'il avait refusé d'admettre l'intervention de Suez et l'article 2, à admettre cette intervention en appel.

7. Le dernier moyen des pourvois est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de droit ou dénaturé les faits en prenant une mesure de suspension du marché alors, d'une part, que la nature de l'illégalité en cause ne justifie ni sa résiliation, ni son annulation et que, d'autre part, elle aurait dû rechercher si le vice qu'elle avait constaté était régularisable. Il n'est pas fondé.

Nous vous proposons de régler l'affaire au fond dans les limites de la cassation.

8. Nous retrouvons tout d'abord le moyen sur lequel s'était fondé le tribunal administratif pour suspendre l'exécution du marché avec un effet différé au 1^{er} décembre 2017, tiré de ce qu'il avait été incompétamment signé par Véolia et non par la SEMOP.

Nous avons dit que lorsqu'une collectivité territoriale crée une SEMOP, c'est avec cette société qu'elle doit passer le contrat confiant l'opération projetée ; la SEMOP doit par suite

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.

être substituée, pour la signature du contrat, au candidat sélectionné (VI de l'article L. 1541-2 du code général des collectivités territoriales). A la date à laquelle l'acte d'engagement a été conclu, le 7 septembre 2017, entre le SIAAP et Veolia en sa qualité d'actionnaire opérateur économique de la SEMOP, ni les statuts de cette société, ni son pacte d'actionnaires, n'avaient été arrêtés et publiés : elle était ainsi dépourvue d'existence juridique.

Entre-temps, nous l'avons dit, la SIVAL a été immatriculée au registre du commerce et des sociétés le 22 novembre 2017 et une convention de régularisation tripartite a été signée, puis approuvée par le SIAAP par une délibération du 24 novembre 2017. Le vice relatif à la signature du marché, à supposer d'ailleurs qu'il se soit agi d'un vice – le CGCT ne prévoit ni délai, ni procédure particulière pour la substitution – a donc été régularisé conformément à l'invitation du juge des référés du tribunal administratif. Le moyen n'est donc pas de nature à créer un doute sérieux sur la validité du marché. Le juge des référés n'a pas non plus, à l'évidence, méconnu les limites de son office ni commis d'erreur de droit en jugeant que le vice en question, dans les circonstances de l'espèce que nous avons rappelées, n'était pas d'une gravité telle qu'il ne puisse être régularisé.

Au passage, nous vous invitons à écarter l'argumentation du préfet qui soutient que, par principe, la circonstance que le juge des référés statue dans le cadre d'une procédure d'urgence ferait obstacle à ce qu'il prenne en compte la faculté de régularisation du contrat dont disposent les parties : au contraire, toute l'évolution du contentieux contractuel depuis une dizaine d'années tend à encourager le juge des référés, à l'instar du juge du fond, à se livrer une appréciation de type.

9. Le préfet soutenait ensuite que les dispositions de l'article L. 1541-2 du CGCT relatives à la constitution des SEMOP avaient été méconnues. Le III de cet article prévoit que l'avis d'appel public à la concurrence doit comporter « *un document de préfiguration, précisant la volonté de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales de confier l'opération projetée à une SEMOP à constituer avec le candidat sélectionné* ». Il ajoute que ce document : « *comporte notamment : 1° les principales caractéristiques de la SEMOP : la part de capital que la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales souhaite détenir ; les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales souhaite disposer sur l'activité de la société définies, le cas échéant, dans un pacte d'actionnaires ; les règles de dévolution des actif et passif de la société lors de sa dissolution* ».

Le préfet estime que le document de préfiguration prévu par ces dispositions était en l'espèce imprécis, dès lors notamment que les projets de statuts et de pacte d'actionnaires n'avait pas été arrêtés par le SIAAP préalablement à la mise en concurrence. Par ailleurs, les obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposaient au syndicat auraient été méconnues du fait des modifications substantielles apportées aux projets de pacte d'actionnaires et de statuts, à la fois dans l'offre de Véolia puis postérieurement à l'attribution du marché.

Ce moyen n'est pas de nature à créer un doute sérieux.

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.

D'une part, les dispositions citées du CGCT n'imposent pas à la personne publique qui entreprend de constituer une SEMOP de fixer par avance, de manière intangible, dès le stade de la mise en concurrence, tous les éléments des statuts et du pacte d'actionnaires. Le V du même article L 1541-2 dispose, au contraire, que les statuts de la SEMOP ainsi que, le cas échéant, le pacte d'actionnaires conclu, sont arrêtés et publiés à l'issue de la mise en concurrence et de la sélection de l'actionnaire opérateur économique.

Il résulte de l'instruction que toutes les exigences ainsi posées par le CGCT ont été satisfaites. Le document de préfiguration joint à l'avis d'appel public à concurrence indiquait la part que le SIAAP souhaitait détenir au sein de son capital, le projet de pacte d'actionnaires énonçait les règles de gouvernance et les modalités de contrôle dont le SIAAP disposait sur l'activité de la SEMOP, enfin les règles de dévolution de l'actif et du passif de cette société lors de sa dissolution étaient précisées dans le projet de statuts auquel il était renvoyé.

D'une part, l'argumentation relative aux modifications substantielles, par rapport au document de préfiguration, apportées aux projets de pacte d'actionnaires et de statuts, procède d'une confusion entre les règles du droit des marchés publics, qui imposent une intangibilité de l'offre, et celles du CGCT relatives à la constitution de la SEMOP.

En effet, les règles relatives à la création de la société ne concernent pas l'offre elle-même. Le fait que les caractéristiques de la SEMOP aient évoluées lorsque Véolia a établi son offre, puis après la signature du contrat, ne remet en cause ni le statut du document de préfiguration, ni le contenu et les caractéristiques de l'offre qui sont figées après sa remise.

Les modifications incriminées, pour mémoire, étaient de deux ordres. Véolia avait proposé dans son offre la création de comités d'experts pouvant être appelés au conseil d'administration, la présence de personnalités qualifiées pouvant siéger à ce conseil sans voix délibérative, enfin, le fait que le directeur général de la SEMOP assure le rôle de secrétaire général du conseil d'administration. Le SIAAP, pour sa part, avait décidé postérieurement à l'attribution du marché que sa souscription au capital social de la SEMOP se ferait non sous la forme d'un apport en nature, mais par un apport en numéraire.

Quant à la tenue de quelques réunions dites de « pré-tuilage », que Véolia a tenues à ses frais entre le moment de la signature du contrat et la date prévue de prise d'effet, cette circonstance ne peut bien entendue être regardée comme une modification de la durée du marché.

10. Nous en arrivons au plat de résistance du règlement de l'affaire, c'est-à-dire à l'examen de deux moyens soulevés par Suez et tirés de l'irrégularité de l'évaluation des offres.

En deux mots, rappelons le cadre juridique d'examen de ces moyens.

Il résulte de la combinaison de vos décisions CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, p. 3, CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint Pal de Mons*, n° 337377, p. 211 et CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279, T. p. 848, que :

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.

a) Le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats sur les **critères** d'attribution du marché, dès l'engagement de la procédure d'attribution, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges. Lorsque d'autres critères que le prix sont retenus, la **pondération ou la hiérarchisation** de ces critères doivent également être diffusés.

b) Cette obligation d'information a été étendue aux **sous-critères** lorsque le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre les critères de sélection, de faire usage de sous-critères **pondérés ou hiérarchisés** – et seulement dans ce cas. Il est alors « *est tenu de porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères lorsque, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection, et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection* ». Sur ce dernier point, une précision ne sera pas inutile dans le cas de l'espèce. **Lorsque vous évoquez une pondération des sous-critères, vous entendez par là qu'un poids différent leur a été attribué** : attribuer un coefficient identique à tous les sous-critères ne constitue pas une pondération au sens de votre jurisprudence *Saint Pal de Mons*.

c) La méthode de **notation elle-même échappe à l'obligation d'information** des candidats.

En cassation vous exercez un contrôle de l'erreur de qualification juridique sur la mise en œuvre, par les juges du fond, de la distinction entre critères et sous-critères d'attribution et méthode de notation d'un marché : CE, 25 mars 2013, *SAS Cophignon et OPH des Ardennes-Habitat 08*, n° 364951, 364963, T. p. 691-762-807.

En l'espèce, le règlement de la consultation précisait que les offres des candidats seraient jugées en fonction de cinq critères d'attribution : la maîtrise des risques industriels, pondérée à 10 %, la gestion patrimoniale, à 15 %, la qualité et technicité du service, à 20 %, le montant du marché et le coût global de l'opération, à 40 %, enfin le critère qui nous intéresse plus particulièrement, le n°1, intitulé « organisation, gouvernance et maîtrise du service », pondéré à hauteur de 15 % de la note totale.

La notation de ce premier critère s'est révélée lourde de conséquence pour Suez. L'entreprise avait en effet obtenu sur le principal critère, celui du prix, une note bien meilleure que celle de Suez (40 contre 29,64) et une moins bonne sur les quatre autres critères. C'est sur le n°1 que la différence est la plus défavorable à Suez : 7 seulement, contre 14 pour Véolia. Or, au total, Véolia ne l'a emporté que par 81,64 points contre 79 – donc 2,64 points d'écart sur 100.

Suez conteste ce résultat.

Elle soutient, d'une part, que le SIAAP a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors que le critère n° 1 était présenté comme comportant trois éléments d'appréciation non pondérés, d'importance égale – alors qu'en réalité il s'agissait de véritables sous-critères pondérés différemment, ce dont les candidats n'étaient pas informés.

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.

Elle fait valoir, d'autre part, que la méthode de notation était irrégulière dès lors qu'elle était inintelligible et susceptible de permettre le choix de l'offre la moins avantageuse.

Nous retrouvons ici la question, déjà évoquée, de l'opérance des moyens soulevés dans le cadre d'une intervention présentée à l'appui d'une requête en référé-suspension, accessoire d'un recours *Tarn-et-Garonne*. Si vous nous avez suivis, vous considérerez que ces deux moyens peuvent être utilement soulevés par Suez, concurrent évincé, puisqu'ils sont en rapport direct avec l'intérêt lésé dont se prévaut l'entreprise.

10.1. Le premier des deux moyens est donc tiré de ce que les trois éléments d'appréciation du critère n° 1, dénommés « items », auraient en réalité été pondérés différemment et que cette pondération n'avait pas été portée à la connaissance des candidats. Le SIAAP et Véolia soutiennent au contraire que chacun des trois items avait le même poids dans l'appréciation du critère n°1, soit 5 points sur 15 chacun.

Les trois items en cause étaient relatifs, respectivement, à la « *pertinence de l'organisation et des moyens matériels et humains proposés* », à la « *pertinence de l'organisation proposée pour la SEMOP* » et à l'« *engagement vis-à-vis de la transparence institué par l'opérateur économique au sein de la SEMOP vis-à-vis du SIAAP* ».

A ce stade il faut en dire un peu plus sur la méthode de notation, telle qu'elle se comprend à la lecture des écritures des parties, de leurs réactions à une mesure supplémentaire d'instruction et, enfin, aux réponses qui ont été apportées lors d'une audience d'instruction, tenue le 7 décembre dernier par la 7^{ème} chambre de la section du contentieux.

Afin de guider l'appréciation des offres, chacun des trois items du critère n°1 comportait lui-même un certain nombre de « caractéristiques » : 14 pour la « *Pertinence de l'organisation et des moyens matériels et humains proposés* », 15 pour la « *Pertinence de l'organisation proposée pour la SEMOP* », 9 pour l'« *Engagement vis-à-vis de la transparence institué par l'opérateur économique au sein de la SEMOP vis-à-vis du SIAAP* ».

Après avoir, dans un premier temps, analysé les offres au regard de cette grille, le SIAAP, dans un deuxième temps, a attribué à ces offres, pour chacune des caractéristiques, des signes traduisant leurs mérites respectifs, sur une échelle comportant cinq niveaux : « points forts significatifs (++) », « points forts (+) », « points neutres (=) », « points faibles (-) » et « points faibles significatifs (--) ».

Il est très important de préciser que chaque offre, en fonction de son contenu concret, pouvait se voir attribuer, pour une même caractéristique, **un ou plusieurs** signes. Le nombre total de signe attribué à chaque item par le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il a procédé à l'analyse et à la notation, n'était donc pas nécessairement le même selon les offres.

A ce stade de notre exposé, il n'est pas superflu de prendre un exemple concret.

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.

L'item « *Pertinence de l'organisation proposée pour la SEMOP* » comportait une caractéristique relative « *Rôle des adjoints SIAAP* » au sein de la direction de la SEMOP. Il s'agissait ainsi d'apprécier la qualité de l'association de la collectivité au pilotage de l'exploitation, à travers le positionnement hiérarchique et le rôle des adjoints en question.

Pour cette caractéristique, l'offre de Suez a obtenu 2 signes (+) : les deux adjoints du SIAAP sont rattachés respectivement au directeur des opérations et au directeur support et stratégie, et leur rôle au sein de chacun des deux binômes ainsi constitué est valorisé.

En revanche, l'offre de Suez a obtenu 4 signes : un (+) parce que le rôle des directeurs adjoints est très étendu, un (-) parce qu'ils ne sont pas rattachés dans l'organigramme fonctionnel mais positions au sein du CODIR, un autre (-) parce qu'une disposition relative au circuit des décisions sur les dépenses de plus de 300 000 euros n'est pas claire, etc.

Un tableau synthétique figurant dans le RAO (le rapport d'analyse détaillé pour le seul critère n°1 fait 22 pages) agrège, pour chaque offre, le nombre de signes (++) , (+) , (=) , (-) et (--) qu'elle obtenus : soit au niveau de chaque sous-critère quand il en existe (c'est le cas des critères n°3 et n°4), soit au niveau de chaque item dans le cas du critère n°1, soit au niveau du critère pour le critère n°2 qui n'est subdivisé ni en items, ni en sous-critères. Ainsi, pour l'item « *Pertinence de l'organisation proposée pour la SEMOP* » du critère n°1, Véolia a obtenu 26 signes (3++, 17+, 4=, 2-) et Suez 24 signes (6+, 5=, 9- et 4--).

On constate donc, entre chacun des trois items du critère n°1, un double déséquilibre : chaque item est subdivisé dans la grille d'analyse des offres entre un nombre de caractéristiques différent (respectivement 14, 15 et 9) et, pour chaque caractéristique, un nombre de signes d'appréciation différent a été attribué au vu du contenu de chaque offre.

Faut-il en conclure que les trois items du critère n°1 étaient pondérés au sens de votre jurisprudence, c'est-à-dire qu'ils étaient affectés d'un poids différent et que cette pondération devait être portée à la connaissance des candidats ?

Nous ne le pensons pas.

En effet, il ressort de l'instruction que les deux étapes suivantes de la méthode de notation (nous nous étions arrêtés à la deuxième...) permettaient de neutraliser les effets de ces déséquilibres sur l'appréciation globale du critère n°1, de façon à doter du même poids l'appréciation portée sur chacun des trois items, soit 5 sur 15.

En effet, dans un troisième temps, chaque offre a été classée par le SIAAP dans une grille de d'appréciation comportant cinq niveaux, en fonction du type et du nombre de signes obtenus.

Les cinq niveaux d'appréciation étaient les suivants : appréciation « très satisfaisant » pour les offres présentant des « points forts significatifs et sans point faible significatif » ; appréciation « satisfaisant » pour les offres présentant de « nombreux avantages et une majorité de points forts » ; appréciation « acceptable » pour les offres ayant « des points forts et des points

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.

faibles » ; appréciation « insuffisant » pour les offres présentant des « points faibles significatifs » ; appréciation « très insuffisant » pour les offres comportant de « nombreux points faibles significatifs ».

Enfin, à chacune de ces catégories « très satisfaisant », « satisfaisant », « acceptable », « insuffisant » et « très insuffisant » correspondait une fourchette de points exprimée soit en pourcentage de la note du critère (pour les critères non subdivisés en sous-critères, c'est-à-dire le n°1 et le n°2), soit en pourcentage de la note du sous-critère (pour les critères n°3 et n°4 qui, pour le coup, comportaient des sous-critères pondérés) : 81 à 100% de la note pour une offre « très satisfaisante », 61 à 80% de la note pour une offre « satisfaisante », 41 à 60% de la note pour une offre « acceptable », etc.

On peut discuter à l'infini – l'instruction l'a démontré – l'opération qui consiste à convertir le nombre de signes (++) , (+) , (=) , (-) et (--) obtenus par chaque offre, en une appréciation sur l'échelle en cinq niveaux pour chaque critère ou sous-critère puis, à l'intérieur de la fourchette de points de chaque niveau d'appréciation, le choix de la note définitive de l'offre pour chaque critère, sous-critère ou item. Ce qui nous intéresse ici, pour l'examen du moyen tiré de l'existence d'une pondération entre les trois items du critère n°1, ce sont les points suivants :

. En premier lieu, l'appréciation, puis la note, sur la grille à cinq niveaux, n'était pas le résultat de la simple addition du nombre de signes (++) , (+) , (=) , (-) et (--) obtenus. Il ressort de l'instruction que le SIAAP a porté sur chaque critère, sous-critère ou item, une appréciation globale au regard de la répartition des signes obtenus entre ces cinq catégories.

Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'item « *Pertinence de l'organisation proposée pour la SEMOP* », Véolia a obtenu 3++ , 17+ , 4= et 2- , ce qui correspond bien à une offre présentant des « points forts significatifs (...) sans point faible significatif » et par conséquent à une appréciation « très satisfaisant » et à une note comprise entre 81 et 100% de la note possible de cet item (en l'occurrence 4,53/5) ; et Suez a obtenu 6+ , 5= , 9- et 2-- , ce qui correspond à une offre présentant des « points faibles significatifs » et par conséquent à une appréciation « insuffisant » et à une note comprise entre 21 et 40% de la note possible (dans ce cas 1,05/5).

. En second lieu, l'instruction a révélé que pour le critère n°1, la grille des cinq niveaux d'appréciation avait été appliquée au niveau de chacun des items pour aboutir, donc, en fonction du nombre de signes (++) , (+) , (=) , (-) et (--) , à une appréciation et à une note chiffrée par item. Ce point ressort d'un tableau détaillé, document préparatoire à l'établissement du tableau synthétique qui figure dans le rapport d'analyse des offres. Ainsi, les appréciations étaient portées au niveau de chaque sous-critère pour les critères n°3 et n°4, au niveau de chaque item pour le critère n°1 et globalement pour le critère n°2 (qui n'était subdivisé ni en sous-critères ni en items). Or, ce même tableau détaillé fait également apparaître que chacun des trois items a été noté sur 5 et que les notes globales obtenues, pour le critère n°1, par les deux candidates, se bornent à additionner ces trois notes pour aboutir à une note sur 15 sans affecter un poids différent à chaque item.

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.

Le moyen tiré de ce que le SIAAP a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne portant pas à la connaissance des candidats le poids respectif de chacun des items n'est donc pas de nature à créer un doute sérieux sur la validité du contrat.

10.2. Le second moyen relatif à l'irrégularité de l'évaluation des offres sera également écarté.

Suez soutenait, en substance, que la méthode de notation retenue était inintelligible et était susceptible de permettre le choix de l'offre la moins avantageuse pour la collectivité.

Votre jurisprudence consacre la liberté du pouvoir adjudicateur de choisir la méthode de notation la plus appropriée, sous les réserves suivantes énoncées par votre décision bien connue CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373362, p. 323 : « ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ».

Sur l'intelligibilité de la méthode de notation adoptée, nous espérons que les explications que nous venons de donner en examinant le moyen précédent vous aurons convaincus que nous sommes en présence d'un dispositif extrêmement sophistiqué, mais compréhensible par les acteurs concernés qui sont des professionnels aguerris – et par les juges.

Quant à l'affirmation selon laquelle la mise en œuvre de cette méthode pourrait aboutir à un choix désavantageux pour la collectivité, elle n'est pas corroborée.

Certes, l'audience d'instruction qui a été tenue par la 7^{ème} chambre a révélé que selon les critères, sous-critères ou items qu'il s'agissait d'apprécier, les signes (=), également dénommés « points neutres », n'ont pas été pris en compte de manière uniforme pour classer les offres sur la grille à cinq niveaux « très satisfaisant », « satisfaisant », « acceptable », « insuffisant » et « très insuffisant ». Plus précisément, ils n'ont généralement pas été pris en compte pour établir ce classement, mais dans certains cas toutefois, ils sont venus s'ajouter aux (+) et (++) pour tirer une appréciation vers le haut.

Cependant, il ne ressort pas de l'instruction que cette prise en compte non uniforme des « points neutres » serait venue priver de leur portée les critères de sélection ou neutraliser leur pondération. Et, pour tout dire, l'offre de Suez, qui s'est trouvée classée « très satisfaisante (fourchette basse) », « insuffisante (fourchette basse) » et « insuffisante (fourchette haute) » respectivement pour les items 1, 2 et 3 du critère n°1, aurait reçu des appréciations plus faibles si les points neutres avaient fait l'objet d'une prise en compte uniforme.

Enfin, aucune autre circonstance n'a privé de leur portée les critères de sélection ou n'a neutralisé leur pondération : ni le fait que l'attribution d'un seul (--) excluait par principe le

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.

classement de l'offre dans la catégorie « très satisfaisant », ni le fait que la méthode pour arrondir les notes obtenues était légèrement différente entre le critère n°1 et les autres critères.

Le moyen tiré de ce que la méthode de notation mise en œuvre par le SIAAP serait de nature à créer un doute sérieux sur la validité du contrat doit être lui aussi écarté.

Aucun des autres moyens soulevés devant le juge des référés n'est de nature à faire naître un doute sérieux sur la validité du contrat. Et par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt ;

- au rejet de la requête présentée par le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris devant la cour administrative d'appel de Paris ;

- à ce que l'Etat et la société Suez Services France versent chacun une somme de 2 000 euros au Syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne (SIAAP) et à la société Veolia Eau - Compagnie générale des eaux chacun, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

- au rejet des conclusions de la société Suez Services France présentées au même titre.

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.