N° 468930
Société Vinci Airports

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 15 mai 2023
Lecture du 1er juin 2023

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

1. Ce n'est pas la première fois – et peut-être pas la dernière non plus – que vos formations de jugement ont à connaître du sort de l'**aéroport de Tahiti-Faa'a**, dont la concession d'exploitation est depuis plusieurs années au centre de contentieux entre l'Etat et les collectivités locales[1] et désormais, entre les concurrents à son attribution.

Pour ce qui est de l'épisode en cours, il nous faut vous rappeler qu'au terme d'une procédure lancée en novembre 2019, l'Etat a décidé, en septembre 2021, d'attribuer le contrat de concession au groupement constitué de la société Egis Airport Opération et de la Caisse des dépôts et consignations (« CDC »).

Par une ordonnance du 28 octobre 2021, le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de la Polynésie française a toutefois accueilli le recours formé contre cette décision par la Chambre de commerce et d'industrie, des services et des métiers (CCISM) de Polynésie, mandataire d'un groupement formé, sous le nom de TI'A (pour Tahiti International Airport), avec les sociétés Boyer, Meridiam SAS et Aéroport Marseille Provence, dont l'offre a été classée en 3ème position.

[1] Voir, pour un rappel historique, les conclusions d'Edouard Crépey sous CE 18 novembre 2015, *Commune de Faa'a*, n° 373335, 373337

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.

Après que votre 7ème chambre a rejeté les pourvoi formés par le ministre et l'attributaire contre cette ordonnance[2], la concession a été attribuée au candidat dont l'offre avait été classée en deuxième position, à savoir la société Vinci Airports, ce dont la DGAC a informé la société Egis Airport Opération par une lettre du 9 septembre 2022.

N'abandonnant pas la partie aussi facilement, la société Egis Airport Opération a alors elle-même saisi le juge du référé précontractuel d'une demande tendant à l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation.

Siégeant en formation collégiale, les juges des référés ont fait droit à cette demande par une ordonnance du 18 octobre 2022 qui est contestée devant vous par le nouvel attributaire.

Notez dès ici que le tribunal avait été parallèlement saisi aux mêmes fins d'un référé de la CCISM, dont l'offre avait été classée troisième. Il a jugé, par une ordonnance du même jour que celle attaquée devant vous, qu'il n'y avait pas lieu à statuer sur cette requête au motif que la procédure a été annulée par son autre ordonnance, objet du présent pourvoi.

Nous ne sommes pas totalement certain de ce qui a pu commander cet ordre d'examen, d'autant que la demande de la CCISM avait été enregistrée avant celle d'Egis, mais ce qui est sûr, c'est que, si vous suivez la solution que nous allons vous proposer, qui consistera *in fine* à rejeter le référé, rien n'empêcherait à notre sens la CCISM – alors même qu'elle n'a pas formé de pourvoi contre l'ordonnance prononçant un non-lieu sur sa demande – de déposer une nouvelle requête en référé, précontractuel avant la signature du contrat ou contractuel après cette signature (voir en ce sens : CE 29 juin 2020, *SCI Eaux Douces*, n° 435502, T. pp. 897-898-1052 et, plus spécifiquement : CE 8 décembre 2020, *Société Pompes funèbres funérarium Lemarchand*, n° 440704, T. p. 798).

[2] CE 2 mars 2022, *Ministre de la transition écologique, Sté Egis Airport Operation, Caisse des dépôts et consignations*, n° 458354, 458356

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.

2. Restons-en, pour l'instant, au présent pourvoi, auquel nous allons vous proposer de faire droit, non pas au vu des moyens qu'il soulève mais en raison d'un motif d'ordre public que votre 7ème chambre a communiqué aux parties et qui fait tout l'intérêt juridique de la présente instance.

Ce moyen est tiré de ce que la requérante était dépourvue de qualité lui donnant intérêt à agir devant le juge des référés précontractuels.

Il conduit à se demander, au regard des dispositions régissant la recevabilité du référé précontractuel, selon lesquelles « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement* », **si un candidat dont l'offre a été définitivement jugée irrégulière peut encore se prévaloir d'un « intérêt à conclure le contrat »** ?

2.1. Précisons ici que cette règle est posée en termes identiques par l'article L. 551-24 du code de justice administrative (CJA) applicable aux collectivités du Pacifique et par l'article L. 551-10 pour ce qui est du droit commun, de sorte que ce que vous jugerez aujourd'hui aura à notre sens une portée générale, y compris d'ailleurs en matière de référé contractuel pour lequel l'article L. 551-14 retient la même rédaction.

Ajoutons également que si c'est en droit interne seulement que se pose la question, puisque vous statuez sur une affaire polynésienne à laquelle le droit de l'Union européenne n'est pas applicable[3], nous ne doutons guère que les principes qui ont été dégagés par la jurisprudence communautaire pourront utilement vous guider, car il nous paraîtrait particulièrement malvenu d'adopter en la matière un régime procédural *ad hoc*.

2.2. Ceci étant posé, rappelons que vous avez déjà jugé que si l'irrégularité de l'offre, qui implique qu'elle soit écartée, fait perdre au candidat qui l'a présentée toute chance d'obtenir le contrat, elle ne le prive pas pour autant d'intérêt à agir, non seulement pour pouvoir contester l'appréciation de la

[3] La Polynésie française fait partie des pays et territoires d'outre-mer (PTOM) et non des régions ultrapériphériques.

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.

régularité de son offre, mais aussi pour pouvoir contester la régularité de la candidature ou de l'offre retenue.

Tel est l'apport de votre décision CE 27 mai 2020, *Société Clean Building*, n° 435982, T. p. 843, prise afin de vous conformer à la jurisprudence *Fastweb* de la CJUE selon laquelle l'irrégularité de son offre « ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique. Dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière » (CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb*, n° C-100/12, § 33).

Ce principe vaut même dans le cas où des règles procédurales nationales prévoient, à l'occasion d'un recours formé par un premier soumissionnaire, l'examen prioritaire du recours incident formé par un autre soumissionnaire (CJUE gde ch., 5 avril 2016, *PFE*, n° C-689/13, § 21 à 30).

En d'autres termes, l'irrégularité de sa propre offre ne prive pas, par elle-même, d'intérêt à agir le requérant dans le cadre d'une procédure de recours contre l'attribution d'un marché public.

Toutefois, la Cour de Luxembourg a également été saisie de la question de savoir si cette jurisprudence est applicable lorsque, deux soumissionnaires ayant initialement présenté une offre, l'exclusion du soumissionnaire qui entend contester la décision d'attribution a été préalablement et définitivement constatée par le pouvoir adjudicateur lui-même.

Par une décision du 21 décembre 2016, *C...*, aff. C-355/15, § 27 à 36, la CJUE a estimé que cette situation se distingue « très nettement » des situations en cause dans les arrêts *Fastweb* et *PFE* en pointant en particulier le fait que, dans ces deux arrêts, c'était dans le cadre d'une seule et même procédure de recours relative à la décision d'attribution du marché que chacun des soumissionnaires contestait 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.

régularité de l'offre de l'autre, chacun ayant un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre de l'autre, alors que dans l'affaire *C...*, en revanche, le soumissionnaire avait d'abord introduit un recours contre la décision d'exclusion adoptée à son égard, puis contre la décision d'attribution du marché, et que c'est dans le cadre de la seconde procédure qu'il invoquait l'irrégularité de l'offre de l'adjudicataire.

Cette jurisprudence a été confirmée par une décision CJUE 11 mai 2017, *A... et G...*, aff. C-131/16, § 57, qui précise que la solution *C...* est justifiée par la circonstance que la décision d'exclusion ayant été confirmée par une décision juridictionnelle ayant acquis l'autorité de la chose jugée, le candidat « devait être considéré comme étant définitivement exclu de la procédure de passation du marché public en cause ».

Nous vous invitons donc à faire application de cette jurisprudence au cas d'espèce.

2.3. Certes, notre affaire diffère sur un point des précédents *C...* et *A...* car, ici, l'exclusion de la société Egis Airport Opération ne résulte pas d'une décision de l'autorité concédante mais d'une décision de justice elle-même, à savoir celle rendue le 2 mars 2022 par laquelle vous avez rejeté les pourvois formés contre l'ordonnance par laquelle le JRTA de la Polynésie française a annulé la décision d'attribution de la concession à la société Egis Airport Opération.

Mais, pour tout vous dire, nous y voyons plutôt un *a fortiori* par rapport à la jurisprudence de la CJUE, puisqu'une décision de justice, fût-elle rendue en référé, nous paraît revêtir une portée plus forte que la décision du pouvoir adjudicateur lui-même, même confirmée par une décision juridictionnelle.

Nous ne sommes donc nullement arrêté par les objections soulevées en défense faisant valoir que la mise en œuvre de la solution *C...* ne peut être retenue que lorsque c'est l'autorité concédante qui a notifié au requérant sa décision de l'exclure de la procédure. En effet, et contrairement à ce qui est allégué, la CJUE vient très récemment de juger que la situation d'un opérateur dont le recours

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.

contre un appel d'offres a été rejeté par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant l'adoption de la décision d'attribution dudit marché public ne se distingue pas dans sa substance, en ce qui concerne son exclusion définitive d'une telle procédure d'attribution, de celle d'un soumissionnaire se trouvant dans l'hypothèse de la jurisprudence *C...* (voyez : CJUE 9 février 2023, *VZ c. CA*, aff. C-53/22).

En somme, ce qui compte, ce n'est pas qu'un recours ait été engagé contre une décision d'exclusion d'un candidat (hypothèse *C...*) ou contre une décision de ne pas exclure un candidat (comme c'est le cas dans la présente espèce), mais que ce recours juridictionnel ait abouti, après que la régularité de la candidature ou de l'offre a pu être discutée par le candidat, à une décision d'éviction définitive : c'est alors l'impossibilité de participer à la compétition qui justifie le défaut d'intérêt à conclure le contrat.

2.4. Nous ne sommes pas plus ébranlé par une seconde série d'objections adressées au moyen que nous vous proposons d'accueillir, qui font valoir que les décisions rendues en matière de référé ne sont pas revêtues de **l'autorité de la chose jugée** et n'entrent donc pas dans le champ de la jurisprudence *C....*

Vous jugez certes que les décisions du juge du référé précontractuel, à l'instar des autres ordonnances du juge des référés, eu égard à leur caractère provisoire, n'ont pas, au principal, autorité de chose jugée, mais sont néanmoins exécutoires et, en vertu de l'autorité qui s'attache aux décisions de justice, obligatoires (CE 6 mars 2009, *Société Biomérieux*, n° 324064, p. 97)[4].

Toutefois, s'il est vrai que la CJUE emploie la notion d'« autorité de chose jugée » dans ses décisions précitées, nous pensons qu'elle ne renvoie pas, en droit de l'Union, à la même distinction que celle qui vaut en droit interne entre les décisions de référé, qui ne sont pas revêtues de l'autorité de la chose jugée, et celles des juges du fond qui revêtent un tel caractère.

[4] Voir, pour la décision de principe : Section 5 novembre 2003, *Association "Convention vie et nature pour une écologie radicale" et Association pour la protection des animaux sauvages*, n° 259339 et autres, p. 444

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.

Non seulement ce n'est pas le sens des textes qu'applique la CJUE, l'article 2 *bis* de la directive 89/665 ne faisant guère mention de la notion d'« autorité de chose jugée » mais simplement de celle d'exclusion définitive (« *Les soumissionnaires sont réputés concernés s'ils n'ont pas encore été définitivement exclus. Une exclusion est définitive si elle a été notifiée aux soumissionnaires concernés et a été jugée licite par une instance de recours indépendante ou ne peut plus faire l'objet d'un recours* ») mais, en tout état de cause, il faut observer qu'en matière précontractuelle, le juge des référés est doté de larges pouvoirs, notamment d'annulation, qui apparente pleinement ses décisions à celles rendues par le juge du fond.

De fait, la décision rendue en l'espèce par le JRTA de la Polynésie française a force exécutoire et est obligatoire. Elle est devenue définitive après le rejet du pourvoi formé contre elle et a tranché des questions de fond, en annulant la procédure de passation en litige au motif que l'offre de la société Egis était irrégulière.

Dès lors, le motif d'irrégularité de l'offre de la société Egis jugé par le JRTA et confirmé par le rejet du pourvoi ne pourra jamais, dans le cadre de cette même procédure de passation, être remis en cause par la société Egis, qui ne pourra pas se voir attribuer la concession au titre de cette offre définitivement jugée irrégulière dans le cadre de la présente procédure de passation.

Ainsi, c'est bien le caractère définitif de son exclusion qui justifie la perte de son intérêt à agir dans la présente instance, dans la pleine logique de la jurisprudence de la CJUE.

2.5. Enfin, vous pourrez faire litière d'un dernier argument qui est avancé en défense, tendant à ce que l'exclusion de la société Egis de la procédure de passation ne résulte pas des décisions juridictionnelles du 28 octobre 2021 et du 2 mars 2022 mais de la décision de l'Etat du 9 septembre 2022 l'informant de sa décision d'attribuer la concession à la société Vinci Airports.

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'ancienne société attributaire estime ainsi que, cette dernière décision n'étant pas définitive, elle avait intérêt à l'attaquer, au sens où elle ne sollicite pas le rétablissement de la décision initiale lui attribuant la concession mais conteste seulement son éviction de la procédure qui résulte de la **décision de l'Etat de ne pas reprendre *ab initio* la procédure de consultation**.

Si l'argumentation est habile, elle ne nous retient pas : certes, la première ordonnance, qui annule l'attribution du contrat au groupement emmené par Egis, n'exclut pas expressément, dans son dispositif, la société Egis de la compétition mais cette exclusion est la conséquence nécessaire de ses motifs, puisque son offre étant irrégulière, elle doit être écartée et qu'aucune nouvelle offre ne pouvant plus être présentée dans cette procédure, cet opérateur s'en trouve nécessairement exclu. Son exclusion résulte donc de la chose définitivement jugée par cette ordonnance.

Dans cette logique, la lettre du 9 septembre 2022 l'informant de l'attribution du contrat de concession à la société Vinci Airports est sans incidence sur le caractère définitif de son éviction de la procédure de passation du contrat et ne lui fait donc pas grief puisque son offre ne peut plus être retenue (cf., pour un raisonnement similaire : CE 3 juin 2022, *Collectivité européenne d'Alsace,* n° 462256, B, jugeant qu'une société n'étant plus titulaire d'un accord-cadre multi-attributaires qui a fait l'objet, pour ce qui la concerne, d'une mesure de résiliation, ne justifie pas d'un intérêt à former un référé contractuel contre les marchés subséquents attribués sur le fondement de cet accord-cadre auquel elle n'est plus partie).

3. Vous pourrez donc **accueillir le moyen d'ordre public et annuler l'ordonnance attaquée**, ce qui, dans le cadre du règlement de la procédure de référé, vous conduira, pour les mêmes motifs, à rejeter la demande présentée par la société Egis devant le juge des référés.

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.

4. Nous souhaiterions toutefois clore notre propos en évoquant les moyens du pourvoi. Cela nous paraît utile non seulement si vous ne nous suiviez pas mais aussi, si vous nous suiviez, parce que, comme nous vous l'avons dit, le litige n'est pas nécessairement achevé et que nos indications pourraient encore être utiles à chacune des parties prenantes, y compris au pouvoir adjudicateur dont les décisions futures restent susceptibles de recours.

Rappelons à cet égard que le juge des référés a annulé la procédure d'attribution de la concession au motif qu'en imposant aux candidats, aux termes de l'article 7.2 du règlement de consultation, d'identifier dès le stade de la remise des offres le constructeur avec lequel le candidat sera amené à contracter pour la réalisation des travaux initiaux, et ce alors qu'en application de l'article 3, un même opérateur ne peut pas appartenir à plus d'une équipe candidate, le règlement de la consultation avait pour effet de restreindre excessivement l'accès au contrat de concession.

En l'occurrence, aucun des moyens soulevés par le pourvoi ne nous paraît fondé.

4.1. C'est vrai non seulement du moyen d'irrégularité tiré du défaut de visa d'une note en délibéré, qui est inopérant à l'encontre d'une ordonnance de référé en vertu de l'article R. 742-2 du CJA (cf. CE 30 décembre 2009, *M. Bohnert*, n° 327334, B) mais aussi, plus substantiellement, des autres moyens ayant trait au bien-fondé de l'ordonnance attaquée.

4.2. Ainsi, en premier lieu et contrairement à ce qui est soutenu, le JRTA n'a ni dénaturé les faits ni méconnu l'autorité de la chose jugée en se fondant sur un motif qui aurait déjà été écarté dans le cadre de la précédente instance, c'est-à-dire par son ordonnance du 28 octobre 2021 confirmée par votre décision du 2 mars 2022.

Lors de la précédente procédure, avait certes été soulevé – et écarté – un moyen tiré de ce que l'offre du groupement attributaire était irrégulière, faute pour ce dernier d'avoir désigné les futurs constructeurs en charge de la réalisation des

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.

travaux initiaux conformément à l'article 7.2 du règlement de la consultation.

Toutefois, si, dans la présente instance, il a été fait droit au moyen tiré de l'illégalité de cet article 7.2 en raison de l'atteinte portée au principe de liberté d'accès à la commande publique, un tel moyen n'avait pas été soulevé dans la précédente instance (et n'était pas d'ordre public) ; seule la question de l'interprétation de ces stipulations était alors en litige, les défendeurs évoquant le risque de distorsion de concurrence non pas pour faire valoir que l'article 7.2 était illégal – ce qui aurait d'ailleurs été curieux de la part de l'autorité concédante ! – mais pour contrecarrer l'interprétation de cet article proposée par la CCISM alors requérante.

Aucune des deux branches du moyen n'est donc sérieuse.

4.3. En deuxième lieu, et peut-être surtout, ne nous paraît pas plus fondé le moyen d'erreur de droit et de dénaturation à avoir jugé que les stipulations contestées du guide de constitution des offres étaient de nature à **restreindre de manière injustifiée la concurrence**.

Certes, si la société Vinci fait valoir à juste titre que les stipulations contestées n'empêchaient nullement un candidat d'avoir recours à une entreprise extérieure à la Polynésie française, le JRTA a néanmoins pris en compte cette argumentation en relevant dans sa décision qu'imposer le recours à une entreprise de travaux publics basée en France métropolitaine ou à l'étranger crée nécessairement une distorsion de concurrence au vu des surcoûts inhérents. L'ordonnance relève aussi que c'est d'ailleurs ce qu'a admis l'Etat dans ses écritures produites en délibéré, sans pour autant le justifier par des motifs particuliers…

Nous estimons que les juges des référés ont pu, sans erreur de droit ni dénaturation, déduire de ces éléments que les exigences de la consultation étaient de nature à altérer le libre jeu de la concurrence.

Il nous paraissait utile de le souligner devant vous comme devant 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.

parties.

4.4. Enfin, les autres moyens de dénaturation soulevés, relatifs au caractère erroné de l'analyse concurrentielle, à l'absence d'incapacité de la société Egis à présenter une offre compétitive ou au caractère utile de la condition fixée par l'article 7.2, ne sont absolument pas sérieux.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet de la demande présentée par la société Egis devant le JRTA et de ses conclusions présentées au titre des frais d'instance ;
- à ce que cette société verse la somme de 3 000 euros à la société Vinci Airports au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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.