

N° 305420

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SYNDICAT MIXTE
INTERCOMMUNAL DE REALISATION
ET DE GESTION
POUR L'ELIMINATION DES ORDURES
MENAGERES DU SECTEUR EST
DE LA SARTHE

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux)

M. Alban de Nervaux
Rapporteur

Sur le rapport de la 7^{ème} sous-section
de la Section du contentieux

M. Bertrand Dacosta
Commissaire du gouvernement

Séance du 26 septembre 2008
Lecture du 3 octobre 2008

6646

Vu le pourvoi, enregistré le 9 mai 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour le SYNDICAT MIXTE INTERCOMMUNAL DE REALISATION ET DE GESTION POUR L'ELIMINATION DES ORDURES MENAGERES DU SECTEUR EST DE LA SARTHE, dont le siège est 11, rue Henry Maubert à Saint Calais (72120) ; le SYNDICAT MIXTE INTERCOMMUNAL DE REALISATION ET DE GESTION POUR L'ELIMINATION DES ORDURES MENAGERES DU SECTEUR EST DE LA SARTHE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance en date du 24 avril 2007 du juge des référés du tribunal administratif de Nantes en tant que, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, il a annulé, à la demande de la société Passenaud Recyclage, la procédure de passation du marché ayant pour objet la prise en charge, le transport, le tri, la valorisation des métaux collectés au sein des déchetteries du syndicat et l'élimination des refus ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société Passenaud Recyclage devant le tribunal administratif de Nantes ;

3°) de mettre à la charge de la société Passenaud Recyclage le versement d'une somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu, enregistrée le 26 septembre 2008, la note en délibéré, présentée pour la société Passenaud Recyclage ;

Vu l'Accord sur les marchés publics annexé au traité relatif à l'Organisation mondiale du commerce ;

Vu le règlement (CE) n° 1564/2005 de la Commission en date du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, et notamment son annexe II ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Alban de Nervaux, Auditeur,

- les observations de la SCP Lyon-Caen, Fabiani, Thiriez, avocat du SYNDICAT MIXTE INTERCOMMUNAL DE REALISATION ET DE GESTION POUR L'ELIMINATION DES ORDURES MENAGERES DU SECTEUR EST DE LA SARTHE et de la SCP Gaschignard, avocat de la société Passenaud Recyclage,

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (...) 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours (...) » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le SYNDICAT MIXTE INTERCOMMUNAL DE REALISATION ET DE GESTION POUR

L'ELIMINATION DES ORDURES MENAGERES DU SECTEUR EST DE LA SARTHE (SMIRGEOMES) a lancé, en janvier 2007, une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché de services ayant pour objet la prise en charge, le transport, le tri, la valorisation des métaux collectés au sein de ses déchetteries et l'élimination des refus ; que le SMIRGEOMES se pourvoit en cassation contre l'ordonnance en date du 24 avril 2007 du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nantes en tant qu'elle a fait droit aux conclusions de la société Passenaud Recyclage, dont l'offre n'avait pas été retenue, tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché ; que, par la voie du pourvoi incident, la société Passenaud Recyclage demande l'annulation de la même ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au syndicat de lui communiquer certaines informations, notamment les motifs de rejet de son offre ;

Sur le pourvoi principal :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que, par suite, en annulant la procédure de passation litigieuse au motif que le syndicat aurait indiqué à tort dans les avis d'appel public à la concurrence que le marché était couvert par l'Accord sur les marchés publics, sans rechercher si cette irrégularité, à la supposer établie, était susceptible d'avoir lésé ou risquait de léser la société Passenaud Recyclage, le juge des référés a commis une erreur de droit et a ainsi méconnu son office ; qu'il en résulte que le SMIRGEOMES est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a prononcé l'annulation de la procédure de passation du marché ;

Sur le pourvoi incident :

Considérant qu'aux termes de l'article 83 du code des marchés publics : « Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre » ;

Considérant qu'en rejetant la demande de la société Passenaud Recyclage tendant à ce qu'il soit enjoint au SMIRGEOMES de lui communiquer diverses informations au motif qu'à la date de l'enregistrement des conclusions de cette société, le délai de quinze jours prévu par les dispositions précitées de l'article 83 du code des marchés publics n'était pas écoulé, alors qu'il lui appartenait d'examiner le bien fondé d'une telle demande à la date à laquelle il statuait, le juge des référés a commis une erreur de droit ; que la société Passenaud

Recyclage est ainsi fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a rejeté ses conclusions aux fins d'injonction ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Passenaud Recyclage ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir soulevée par le SMIRGEOMES ;

Sur les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au SMIRGEOMES de communiquer diverses informations :

Considérant que la société Passenaud Recyclage demande au juge des référés d'enjoindre au SMIRGEOMES de lui communiquer, conformément à l'article 83 du code des marchés publics, les motifs détaillés de rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, ainsi que divers documents tels que les procès-verbaux d'ouverture des plis et le rapport d'analyse des offres, afin de pouvoir utilement contester la procédure de passation du marché et en particulier les motifs de rejet de son offre ; que toutefois, il résulte de l'instruction que le syndicat lui a communiqué, par courrier du 3 avril 2008, les motifs de rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue et ce avec une précision suffisante pour lui permettre de contester le rejet qui lui est opposé ainsi que la procédure litigieuse ; qu'ainsi le syndicat n'a pas méconnu les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics, lesquelles n'impliquent pas, en tout état de cause, la communication des divers documents demandés par ailleurs par la société Passenaud Recyclage ; qu'il en résulte que les conclusions aux fins d'injonction présentées par celle-ci doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation :

Considérant, en premier lieu, que la société Passenaud Recyclage soutient que les avis d'appel public à la concurrence mentionnent de façon erronée que le contrat envisagé est couvert par l'Accord sur les marchés publics, que l'exigence que les entreprises fournissent, l'appui de leur candidature, une « déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le candidat dispose pour la réalisation des marchés de même nature » présente un caractère discriminatoire et disproportionné et que les codes CPV (« vocabulaire commun de marché ») utilisés dans les avis d'appel public à la concurrence étaient imprécis ; que, toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que la société requérante, dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché, soit susceptible d'avoir été lésée ou risqué d'être lésée par les irrégularités ainsi invoquées, qui se rapportent à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre ; que, compte tenu de l'office du juge des référés précontractuels, tel qu'il a été défini ci-dessus, elle ne peut, dès lors, se prévaloir de tels manquements à l'appui de sa requête ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en renvoyant notamment, au titre de la rubrique VI-4-2) « délais d'introduction des recours » des avis d'appel public à la concurrence, à l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le syndicat a rempli avec suffisamment de précision ladite rubrique ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que les délais et voies de recours n'ont pas

été mentionnés avec les précisions requises dans les avis d'appel public à la concurrence doit être écarté ;

Considérant enfin que la société Passenaud Recyclage soutient que l'absence, dans les avis d'appel public à la concurrence, de fixation des niveaux minimaux de capacité au regard desquels s'effectue la sélection des candidatures méconnaît l'article 52 du code des marchés publics et a permis de retenir la candidature d'une entreprise, la société Derouin, ne disposant pas de la capacité technique et financière pour exécuter le marché ; que toutefois, aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : « (I) Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. » ; qu'aux termes de l'article 52 du même code : « (I) (...) Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en œuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. / Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées » ; que si ces dispositions font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de consultation dans les cas de procédures dispensées de l'envoi de tels avis, le pouvoir adjudicateur n'est, en revanche, pas tenu de fixer dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats ; qu'ainsi le SMIRGEOMES n'a pas méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'exigeant pas de tels niveaux minimaux de capacités ; qu'en outre la société requérante n'établit pas, par les éléments qu'elle avance, l'incapacité technique et financière de la société Derouin à exécuter le marché ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société Passenaud Recyclage tendant à l'annulation de la procédure de passation doivent être rejetées ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la société Passenaud recyclage présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative doivent être rejetées ; qu'il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société Passenaud Recyclage le versement au SMIRGEOMES de la somme de 3 000 euros ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance en date du 24 avril 2007 du juge des référés du tribunal administratif de Nantes est annulée.

Article 2 : La demande de la société Passenaud Recyclage devant le juge des référés du tribunal administratif de Nantes est rejetée.

Article 3 : La société Passenaud Recyclage versera au SMIRGEOMES une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la société Passenaud Recyclage tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au SYNDICAT MIXTE INTERCOMMUNAL DE REALISATION ET DE GESTION POUR L'ELIMINATION DES ORDURES MENAGERES DU SECTEUR EST DE LA SARTHE et à la société Passenaud Recyclage.

Copie pour information en sera adressée au ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique et au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi.