

statuant
au contentieux

N° 428290

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE EDEIS

M. François Lelièvre

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

Mme Mireille Le Corre

Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 6 décembre 2019

Lecture du 20 décembre 2019

Vu la procédure suivante :

La société Lavalin a demandé au tribunal administratif de Mayotte d'annuler le contrat de délégation de service public conclu le 3 septembre 2013 entre le département de Mayotte et la société Nel import export (SNIE) et de condamner le département de Mayotte à lui verser la somme de 12 136 114,20 euros en réparation du préjudice subi. Par un jugement n° 1300599 du 17 décembre 2015, le tribunal administratif de Mayotte a rejeté cette demande.

Par un arrêt n° 16BX00794 du 20 décembre 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel de la société Lavalin.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 20 février et 20 mai 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Edeis, venant aux droits de la société Lavalin, demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre à la charge du département de Mayotte la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- la loi n° 97-210 du 11 mars 1997 ;
- le décret n° 97-638 du 31 mai 1997 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Mireille Le Corre, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Edeis ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 9 décembre 2019, présentée par la société Edeis ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, par un avis d'appel à concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne le 3 juillet 2012, le département de Mayotte a lancé, sur le fondement de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, une procédure de passation d'une délégation de service public portant sur la gestion et l'exploitation du port de Mayotte. Le groupement formé par la société Lavalin et la chambre de commerce et d'industrie (CCI) de Mayotte, d'une part, et la société Nel Import Export devenue la société SNIE, d'autre part, ont déposé leurs candidatures. Par une délibération de la commission de délégation de service public du 28 septembre 2012, ces candidats ont été admis à présenter une offre. La commission de délégation de service public s'est réunie le 29 octobre 2012 pour procéder à l'examen des offres et a invité le président du conseil général, par un avis du 11 décembre 2012, à engager des négociations avec les deux candidats. Après négociation, les deux candidats ont remis une offre améliorée le 2 mai 2013. Par un avis du 28 mai 2013, la commission de délégation de service public a proposé au président du conseil général de retenir l'offre améliorée de la société SNIE. Par une délibération du conseil général de Mayotte du 8 juillet 2013, le président a été habilité à retenir ce délégataire et à signer la convention de délégation. Par lettre du 20 août 2013, la CCI de Mayotte a été informée du rejet de l'offre du groupement dont elle était mandataire, ainsi que de l'attribution du contrat à la société Mayotte Channel Gateway, société constituée par la société SNIE pour les besoins de l'exécution du contrat. La convention a été signée le 3 septembre 2013. La société Lavalin, devenue la société Edeis, a notamment demandé au tribunal administratif de Mayotte de condamner le département de Mayotte à l'indemniser du préjudice consécutif au rejet de son offre. Par un jugement du 17 décembre 2015, le tribunal administratif a rejeté cette demande. La société Edeis se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 20 décembre 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté son appel.

2. Aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa version alors applicable : « (...) *Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat (...). / La commission mentionnée à l'article L. 1411-5 dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières (...) et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. / La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. / Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne*

publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ». Aux termes de l'article L. 1411-5 du même code : « (...) / Les plis contenant les offres sont ouverts par une commission (...). / (...) Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat. »

Sur la régularité de la candidature de la société SNIE :

En ce qui concerne les capacités techniques de la société SNIE :

3. C'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que la société SNIE justifiait de garanties professionnelles suffisantes pour assurer l'exécution du contrat, compte tenu de son expérience dans le domaine de la gestion d'infrastructures lourdes.

En ce qui concerne ses capacités financières :

4. En jugeant que la société SNIE justifiait de sa capacité financière à exécuter le contrat, eu égard notamment au niveau de ses fonds propres, la cour s'est livrée à une appréciation souveraine des faits, exempte de dénaturation, n'a pas pris en compte des éléments relatifs à l'offre de la société, n'a pas méconnu la portée des écritures de la société Edeis et a suffisamment motivé son arrêt.

En ce qui concerne le respect de ses obligations fiscales :

5. La cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que la société SNIE s'était conformée aux prescriptions du décret du 31 mai 1997 pris pour l'application de la loi n° 97 210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal au motif que le directeur des finances publiques du département de Mayotte avait certifié que la société SNIE avait effectué ses déclarations fiscales au 31 décembre 2011. Si l'arrêt contesté fait également état de ce qu'une autre attestation des services fiscaux mentionnait que la situation de la société SNIE avait été régularisée au 1^{er} février 2012, c'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, de contradiction de motifs, d'insuffisance de motivation et d'erreur de droit qu'elle a fait prévaloir le premier document.

Sur les critères d'analyse des offres :

6. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que le règlement de la consultation fixait cinq critères d'appréciation des offres, le premier critère portant sur la « qualité du projet de

développement du service », le deuxième sur la « qualité du projet en matière de développement durable et appropriation des orientations retenues par le département », le troisième sur les « moyens techniques et matériels mobilisés pour l'exécution du contrat, modalités d'organisation et de gestion de ceux-ci », le quatrième sur les « modalités d'équilibre de la délégation de service public et la performance financière, envisagée en fonction du niveau de prise en charge des risques d'exploitation et des investissements par le futur délégataire dans le cadre d'une exploitation aux risques et périls » et le cinquième sur la « robustesse du montage juridico-financier, le niveau des garanties et les engagements financiers du candidat sur la durée de la convention de délégation ».

7. La cour a estimé, par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que le département de Mayotte n'avait tenu compte du nombre d'emplois locaux induits que comme d'un sous-critère du premier critère pour apprécier les mérites respectifs des offres des candidats. Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le département n'avait pas mis en œuvre un critère qu'il n'aurait pas rendu préalablement public.

8. Par ailleurs, un critère ou un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, lequel est une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale, doit être regardé comme en lien direct avec les conditions d'exécution du contrat de délégation de la gestion de ce port et, pourvu qu'il soit non discriminatoire, comme permettant de contribuer au choix de l'offre présentant un avantage économique global pour l'autorité concédante. Il suit de là que c'est sans commettre d'erreur de droit ni entacher son arrêt d'insuffisance de motivation que la cour a jugé qu'en l'espèce, un tel sous-critère, qui n'implique pas, par lui-même, de favoriser des entreprises locales, n'était pas entaché d'irrégularité. Par ailleurs, en relevant notamment que les candidats avaient été informés de ce que leur offre devait présenter avec précision les perspectives de création d'emplois en lien avec le trafic portuaire, la cour a implicitement mais nécessairement répondu au moyen d'appel tiré de ce que les prétentions des candidats ne pouvaient pas être vérifiées par le département.

9. Enfin, c'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, a jugé que les offres avaient aussi été appréciées au regard du quatrième critère prévu par le règlement de la consultation.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la société Edeis n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

Sur les frais du litige :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge du département de Mayotte qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi de la société Edeis est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société Edeis et à la ministre des outre-mer.
Copie en sera adressée au département de Mayotte.