

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N° 1707869

Société [REDACTED]

Mme Loirat
Juge des référés

Ordonnance du 25 septembre 2017

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 6 et 21 septembre 2017 sous le numéro 1707869, la société [REDACTED] représentée par Me [REDACTED] demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure engagée par la direction régionale [REDACTED] des [REDACTED] en vue de l'attribution du lot n°1 « maçonnerie-pierre de taille » du marché de restauration des cuisines romanes de l'ancienne abbaye royale de [REDACTED] ;

2°) à titre subsidiaire, d'enjoindre à la direction régionale [REDACTED] des [REDACTED] de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres ;

3°) de mettre à la charge de la direction régionale [REDACTED] des [REDACTED] [REDACTED] la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la procédure est entachée de manquements aux principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures qui régissent l'accès à la commande publique, dès lors que l'examen du tableau d'analyse des offres révèle que l'acheteur public a ajouté un sous-critère en cours de procédure, dont les candidats n'avaient pas eu connaissance alors qu'il était de nature à modifier l'appréciation des offres ; ainsi deux points ont-ils été retirés au motif de l'absence de planning d'exécution matérialisé, qui n'était ni prévu par le dossier de consultation des entreprises, ni pertinent dès lors que la durée d'exécution des travaux était régie par le planning du maître d'œuvre, lequel était suffisamment précis ;

- sans ce retrait irrégulier de deux points de sa note de qualité, elle aurait obtenu une note de qualité de 20/20, et donc une meilleure note globale dès lors que son offre de prix était nettement plus compétitive que celle de la société [REDACTED] d'un montant de 1 416 627,35 euros TTC.

Par deux mémoires, enregistré les 18 et 21 septembre 2017, la société [REDACTED] [REDACTED] également représentée par Me [REDACTED] déclare intervenir à l'appui de la

requête en référé précontractuel formée par la société [REDACTED] à fin d'annulation de la procédure de passation du marché public contesté ainsi que de toute décision s'y rapportant.

Elle fait valoir que :

- elle a également présenté une offre pour l'attribution du lot n° 1 du marché de restauration des cuisines romanes de l'ancienne abbaye royale de [REDACTED] ;
- elle a intérêt à s'associer à la requête de la société [REDACTED] dès lors que la direction régionale [REDACTED] des [REDACTED] n'a pas répondu à sa demande de communication des motifs de rejet de son offre, présentée par LRAR le 30 août 2017 et réitérée dans les mêmes formes le 12 septembre suivant, la privant ainsi de la possibilité de former une requête en référé précontractuel ;
- un tel défaut de communication des motifs de rejet de son offre, en méconnaissance des dispositions de l'article 99 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, méconnaît par lui-même les obligations de publicité et mise en concurrence du pouvoir adjudicateur ;
- les motifs détaillés du rejet de son offre ne lui ont été communiqués que postérieurement à son intervention à l'instance.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 20 septembre 2017, la société [REDACTED] représentée par Me [REDACTED] conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés de mettre à la charge de la société [REDACTED] une somme de 2 500 euros ainsi qu'une somme de 2000 euros à la charge de la société [REDACTED] en application des dispositions de l'article L. 761- du code de justice administrative.

Elle soutient que :

En ce qui concerne la requête de la société [REDACTED] :

- sa demande excède les pouvoirs du juge des référés qui ne peut apprécier la valeur des offres ni leurs mérites respectifs, mais seulement censurer une dénaturation des offres ou une attribution du marché en méconnaissance du principe d'égalité des candidats ;
- le pouvoir adjudicateur n'a pas mis en œuvre un sous-critère nouveau et non préalablement porté à la connaissance des candidats, mais a estimé que le planning d'exécution matérialisé que l'attributaire a produit à l'appui de son mémoire technique constituait un élément d'appréciation pertinent du sous-critère de la valeur technique des offres relatif à la méthodologie envisagée pour l'exécution des travaux au stade de chacune des phases du CCTP ainsi que les modalités d'approvisionnement du chantier ;
- contrairement à ce que soutient la société [REDACTED] les indications sur la durée du chantier et le calendrier prévisionnel établi par le maître d'œuvre n'étaient pas suffisants pour apprécier la méthodologie d'exécution des travaux proposée par les candidats ; sa propre description, très précise, au moyen d'un planning d'exécution matérialisé, de ses modalités d'intervention mois par mois pour chacune des tranches du marché (TF, TC1 et TC2), et les précisions apportées sur les intervenants prévus pour chacune des phases du CCTP et l'effectif moyen dédié, a justifié la différence de 2 points de sa note de valeur technique par rapport à l'offre de la requérante ;
- le pouvoir adjudicateur n'a commis aucune erreur dans l'attribution du marché, son offre était bien économiquement la plus avantageuse ;

- En ce qui concerne l'intervention de la société [REDACTED] :
- elle soulève un moyen nouveau tiré de la prétendue violation de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 et fait valoir que le pouvoir adjudicateur n'aurait pas respecté le délai de 15 jours imparti pour informer les soumissionnaires évincés des motifs de rejet de leurs offres ;
 - cette circonstance, à la supposer établie, n'a pu léser la société [REDACTED] au sens de la jurisprudence « Smirgeomes », laquelle, d'ailleurs, ne s'en prévaut pas ;
 - elle est, en outre, restée sans effet, compte tenu du classement de l'offre de l'intervenante, sur la non attribution du marché à la société [REDACTED] ;
 - en tout état de cause, par sa lettre du 24 août 2017, la DRAC des [REDACTED] a satisfait aux conditions de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 ;
 - au surplus, une telle méconnaissance n'est susceptible d'entraîner que la suspension de la procédure de passation et l'injonction au pouvoir adjudicateur de communiquer au soumissionnaire évincé les motifs de rejet de son offre.

Par un mémoire en défense, enregistré le 20 septembre 2017, le ministre [REDACTED] et le préfet de la région des [REDACTED] (direction régionale [REDACTED] représentés par Me Béjot, concluent au rejet de la requête de la société [REDACTED] et de l'intervention de la société [REDACTED] et demandent au juge des référés de mettre à la charge de la société [REDACTED] la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent que :

- la prise en compte du planning d'exécution détaillé ne constitue pas un sous-critère de sélection des offres, dont les candidats n'auraient pas eu connaissance préalablement, mais un élément pris en compte dans l'appréciation comparée des offres et présentant un lien direct avec les prestations attendues des candidats, précisément énoncées au dossier de consultation des entreprises ;
- la note de 6 sur 8 sanctionne la qualité comparative du mémoire technique de la société requérante, et non le défaut de communication par elle d'un document distinct des pièces réclamées des candidats ; en affirmant qu'elle aurait dû recevoir 2 points supplémentaires, elle excède l'office du juge du référé précontractuel qui ne peut connaître des appréciations portées et des mérites comparés des offres ;
- les courriers du 24 août 2017 adressés respectivement à la société requérante et à la société [REDACTED] pour leur notifier le rejet de leurs offres, précisaient le classement de celles-ci, les notes qui leur avaient été attribuées ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par ce dernier ; qu'ainsi, et en tout état de cause, le moyen tiré de la méconnaissance des obligations informatives prévues par l'article 99 du décret du 25 mars 2016, manque en fait.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;
- l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Loirat, présidente, pour statuer sur les demandes en référé en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 21 septembre 2017 à 10h00 :

- le rapport de Mme Loirat, juge des référés,
- les observations de Me [REDACTED] représentant la société [REDACTED] et la société [REDACTED] de Me Béjot, représentant le ministre [REDACTED] et le préfet de la région des [REDACTED] et de Me [REDACTED] représentant la société [REDACTED]

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

1. 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 par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. (...) Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. »* ; qu'aux termes du I de l'article L. 551-2 du même code : *« Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. »* ; qu'en vertu de ces dispositions, 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 ;

2. Considérant que la direction régionale [REDACTED] (DRAC) des [REDACTED] a lancé, par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence, un appel d'offres en vue de la passation, selon la procédure adaptée, d'un marché alloti portant sur la restauration des cuisines romanes de l'ancienne abbaye royale de [REDACTED] ; qu'au terme de la procédure, la société [REDACTED] a été déclarée attributaire du lot n°1 « maçonnerie-pierre de taille » ; que la société [REDACTED] qui s'est portée candidate à l'attribution de ce lot, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du marché, ou, à défaut, d'enjoindre à la DRAC des [REDACTED] de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres ;

Sur l'intervention de la société [REDACTED] :

3. Considérant que la société [REDACTED] a, en qualité de candidat évincé, intérêt à l'annulation de la procédure d'attribution du lot n°1 « maçonnerie-pierre de taille » du marché de restauration des cuisines romanes de l'ancienne abbaye royale

de [REDACTED] l'arrêt attaqué, ou subsidiairement, à ce que le pouvoir adjudicateur reprenne cette procédure au stade de l'analyse des offres ; qu'ainsi son intervention est recevable ;

Sur les demandes de la société [REDACTED] :

4. Considérant que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; qu'en outre, si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères 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 ; que le pouvoir adjudicateur n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'article 7-2 du règlement de consultation du marché litigieux indiquait que la sélection des offres se ferait, pour 30 points, sur le critère du prix et, pour 70 points, sur celui de la valeur technique, appréciée au vu du mémoire technique des candidats au regard des quatre éléments d'appréciation suivants : premièrement, « la méthodologie d'exécution des travaux envisagées selon les phases du CCTP et les modalités d'approvisionnement du chantier envisagées », notée sur 8 points, deuxièmement, « la prise en compte des contraintes liées aux nuisances de chantier dans l'enceinte de l'abbaye par rapport à son statut d'établissement recevant du public, (mesures envisagées pour assurer la limitation des nuisances et poussières, les éventuels dispositifs de sécurité et de sûreté, les modalités de circulations des véhicules et des personnels, la remise en état du site après départ) », notée sur 4 points, troisièmement, « la composition des équipes et l'effectif moyen attribué au chantier et la qualification et l'ancienneté du personnel, et le nombre de personnes en formation prévus pour le chantier », notés sur 6 points, enfin, quatrièmement, « les moyens en matériel mis en œuvre sur le chantier », notés sur 2 points ; que le règlement de consultation communiquait en outre les méthodes de notations respectives de la note de qualité de l'offre, selon la formule : $(NQ \text{ de l'offre considérée} / \text{meilleure NQ attribuée}) \times 70\%$, et de la note de prix, selon la formule : $(\text{Prix de l'offre la plus basse} / \text{Prix de l'offre considérée}) \times 30\%$;

6. Considérant qu'en réponse à sa demande de communication des motifs détaillés de rejet de son offre, la DRAC des [REDACTED] a indiqué à la société [REDACTED] par courrier du 6 septembre 2017, que son offre a été classée deuxième sur cinq (deuxième en critère technique, troisième en critère prix), lui a rappelé que, compte tenu du caractère particulier de l'édifice protégé et de la complexité de l'opération, elle avait décidé de privilégier nettement la qualité technique, pondérée à 70%, contre 30% pour le critère de prix, et précisé que, l'offre de la requérante a obtenu la deuxième note de 18 sur 20, la meilleure note attribuée étant de 20/20, en précisant que son mémoire technique a obtenu les notes maximales sur l'ensemble des sous-critères à l'exception de celui de la méthodologie, pour lequel l'absence de planning matérialisé est venu diminuer la qualité

générale de l'offre sur ce point ; qu'au vu de ces indications, la société [REDACTED] soutient que le pouvoir adjudicateur a modifié, après le dépôt des offres, les modalités de mise en œuvre des critères de sélection, en introduisant un nouveau sous-critère d'appréciation de la note de qualité des offres ; qu'elle estime, en effet, qu'un retrait de deux points a été opéré sur sa note de qualité au motif que son mémoire technique ne comportait pas de planning d'exécution matérialisé, et que cela révèle, alors que l'établissement d'un tel planning n'était aucunement requis par le règlement de la consultation et que la durée d'exécution des travaux était régie de manière suffisamment précise par le planning prévisionnel du maître d'œuvre figurant au dossier de consultation des entreprises, l'ajout d'un sous-critère non préalablement porté à la connaissance des candidats et, par suite, la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

7. Considérant, toutefois, qu'il résulte de l'instruction que le mémoire technique de la société [REDACTED] comportait une description très précise, au moyen d'un planning d'exécution matérialisé, des modalités d'intervention qu'elle envisageait, mois par mois, pour chacune des tranches du marché (TF, TC1 et TC2), en précisant les intervenants prévus à chacune des phases du CCTP et l'effectif moyen dédié ; que le rapport d'analyse des offres mentionne, s'agissant de l'offre de la société [REDACTED] que :« L'absence de planning d'exécution matérialisé, malgré l'adaptation des effectifs envisagés aux caractéristiques de l'opération, vient malheureusement diminuer la qualité générale du mémoire technique présenté » et que cette société a reçu une note de 6 sur 8 au sous-critère de la méthodologie d'exécution des travaux envisagés alors que la société [REDACTED] a obtenu pour ce même sous-critère une note de 8 sur 8 ; que, ce faisant, le pouvoir adjudicateur n'a fait qu'apprécier les mérites comparés des offres qui lui étaient soumises et qu'il a valorisé un élément de l'offre de l'attributaire qui procédait de l'initiative personnelle du candidat et était pertinent au regard de l'énoncé même du sous-critère en cause ; que la société [REDACTED] n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait ajouté en cours de procédure un sous-critère de sélection des offres non préalablement porté à la connaissance des candidats et, ainsi, méconnu principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

8. Considérant que, par suite de ce qui précède, et alors, en tout état de cause, qu'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres, la société [REDACTED] n'est pas davantage fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur dans l'attribution du marché en lui retirant irrégulièrement deux points de sa note de qualité et en la privant ainsi, alors que son offre de prix était nettement plus compétitive que celle de la société [REDACTED] de l'attribution du marché ;

9. Considérant, enfin, que si la société [REDACTED] qui intervient à l'appui de la requête de la société [REDACTED] fait valoir que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté à son endroit ses obligations d'information aux candidats évincés dans le délai de quinze jours prévu des dispositions de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 et que cela l'a privée des éléments suffisants pour lui permettre de contester utilement son éviction devant le juge des référés, cette circonstance n'a pu avoir pour effet de léser la société [REDACTED] auteur de la présente requête ; qu'au surplus, ce manquement, corrigé en cours d'instance, n'aurait pu, compte tenu de sa nature et des pouvoirs conférés au juge du référé précontractuel, entraîner l'annulation demandée de la procédure de passation du marché ;

10. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la requête de la société [REDACTED] ne peut qu'être rejetée ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances particulières de l'espèce, de laisser à la charge des parties les frais qu'elles ont exposés à l'occasion de l'instance, non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : L'intervention de la société [REDACTED] est admise.

Article 2 : La requête de la société [REDACTED] est rejetée.

Article 3 : Les conclusions des parties tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société [REDACTED] à la société [REDACTED] au ministre [REDACTED] au préfet de la région des [REDACTED] (direction régionale [REDACTED] et à la société [REDACTED]

Fait à Nantes, le 25 septembre 2017.

Le juge des référés,

Le greffier,

C. LOIRAT

M-C. MINARD

La République mande et ordonne au préfet de [REDACTED] en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
Le greffier,