**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA MARTINIQUE**

N° 2100714

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

DATEX ANTILLES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Marc Wallerich
Rapporteur

Le juge des référés

Audience du 10 décembre 2021
Ordonnance du 17 décembre 2021

39-08-015-01
54-03-05
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 23 novembre 2021 et le 10 décembre 2021, la société Datex Antilles, représentée par la Selarl Cabanes Avocats, demande au juge des référés, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public engagée par le collège Aimé Césaire pour la fourniture et la livraison de repas complets en liaison chaude pour le restaurant scolaire, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;

2°) d'enjoindre au collège Aimé Césaire de communiquer les notes obtenues par elle et l'attributaire pour chacun des critères et sous-critères ainsi que les appréciations permettant de comprendre ces notes ;

3°) de mettre à la charge du collège Aimé Césaire la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'acheteur a méconnu les dispositions des articles R. 2181-1 et R. 2181-2 du code de la commande publique et le principe de transparence des procédures en ayant omis de communiquer les notes obtenues par elle et l'attributaire pour chacun des critères et sous-critères ainsi que les appréciations permettant de comprendre ces notes ;

- l'acheteur a méconnu les dispositions de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique et de l'article 4.5 du règlement de la consultation puisque les attestations et documents de candidature de l'attributaire n'ont pas été vérifiés préalablement à la notification du rejet des offres ;

- le recours à l'accord-cadre est irrégulier dès lors qu'il ne fixe pas un montant maximum de commandes en méconnaissance des dispositions de la directive 2014/24/UE ;

- le sous-critère technique « Qualité de l'échantillon de dégustation » est irrégulier puisqu'il est subjectif et insuffisamment précis dès lors que les produits demandés aux candidats n'étaient pas identiques ;
- le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu en raison de l'absence d'anonymat des échantillons ayant été de nature à conférer à l'acheteur une liberté de choix discrétionnaire ;
- le principe de transparence des procédures a été méconnu puisque les soumissionnaires ne disposaient d'aucune indication sur l'identité, la légitimité et les compétences des goûteurs ;
- le critère du prix a été irrégulièrement mis en œuvre et/ou l'offre de la société Datex Antilles a été dénaturée.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 10 décembre 2021, le collègue Aimé Césaire, représenté par Me Keita-Capitolin, conclut au rejet de la requête et demande au juge des référés de mettre à la charge de la société Datex Antilles la somme de 3 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- l'acheteur a respecté les dispositions des articles R. 2181-1 et R. 2181-2 du code de la commande publique dès lors qu'il n'a reçu aucune demande de communication d'informations relative au rejet de la société Datex Antilles préalablement à la requête et que le délai de 15 jours n'est pas expiré ;
- la société attributaire a transmis les attestations et documents de candidature lors du dépôt de son offre ;
- l'anonymat des échantillons a été mis en œuvre par une dégustation à l'aveugle donc le principe d'égalité de traitement des candidats n'a pas été méconnu ;
- les critères et les sous-critères d'analyse des offres étaient suffisamment précis compte tenu des explications détaillées contenues dans le règlement de la consultation et le cahier des charges ;
- la société Datex Antilles ne justifie pas du caractère lésant des manquements invoqués ;
- le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation et de la dénaturation de l'offre n'est pas fondé.

La requête a été communiquée à la société KWI 2.0 qui n'a pas produit de mémoire en défense dans les délais impartis.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Au cours de l'audience publique tenue en présence de M. Minin, greffier d'audience, M. Wallerich a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Michelin, représentant la société Datex Antilles, qui reprend les conclusions et les moyens de la requête ;

- les observations de Me Keita-Capitolin, représentant le collègue Aimé Césaire, qui reprend les conclusions et les moyens de la requête.

Le juge des référés a demandé des pièces complémentaires au collègue Aimé Césaire, pour instruction.

Le collègue Aimé Césaire a transmis les pièces complémentaires le 14 décembre 2021.

Certaines de ces pièces, dont certaines partiellement occultées, ont été communiquées le 14 décembre 2021 afin d'adapter le contradictoire au secret des affaires en application de l'article L. 611-1 du code de justice administrative.

Les parties ont été informées, le 15 décembre 2021, de la clôture d'instruction au 16 décembre 2021 à 12 heures.

Par un mémoire enregistré, le 15 décembre 2021, Me Michelin, représentant la société Datex Antilles reprend ses conclusions et ajoute que le principe de transparence des procédures a été méconnu puisque l'acheteur a modifié, postérieurement à la remise des offres, le critère « Qualité de l'échantillon de dégustation » tel que défini dans les documents de la consultation.

Considérant ce qui suit :

1. Le collègue Aimé Césaire a lancé une consultation en vue de l'attribution, selon une procédure adaptée, d'un accord-cadre ayant pour objet la fourniture et la livraison de repas complets en liaison chaude, pour une durée d'un an renouvelable deux fois. L'avis d'appel à la concurrence a été mis en ligne sur le profil acheteur le 22 octobre 2021 et publié dans un quotidien local, le France Antilles, les 28 et 29 octobre 2021. Après l'examen des offres, le collègue, par un courrier du 22 novembre 2021, a rejeté l'offre du groupement des sociétés Datex Antilles et Datex outremer. Par la présente requête, la société Datex Antilles demande au juge des référés sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation du marché.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. 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.* ». L'article L. 551-2 du même code dispose que : « *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* ».

3. 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 qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient au juge administratif, saisi en application de cet article, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant au pouvoir adjudicateur et de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne la vérification de la candidature de l'attributaire

4. Aux termes de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique : « *Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé. / Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des candidatures recevables ou des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables* ». L'article 4.5 du règlement de la consultation prévoit que « *Le marché ne pourra être attribué au candidat ayant présenté l'offre la mieux disante que sous réserve qu'il produise, dans un délai de 10 jours : les renseignements concernant la situation juridique du candidat (...), les renseignements ou documents justificatifs concernant la capacité économique et financière du candidat (...), les renseignements ou documents concernant des capacités techniques et professionnelles du candidat (...). Afin de faciliter l'instruction ultérieure de leur dossier, les candidats peuvent, s'ils le souhaitent, joindre d'emblée ces pièces à leur proposition initiale.* ».

5. La société requérante fait valoir qu'il appartient au pouvoir adjudicateur, sur le fondement de l'article R. 2144-7 précité, de démontrer que le candidat retenu a produit l'ensemble des pièces et attestations exigées dans le règlement de la consultation. Il résulte cependant de l'instruction que le dossier de la société KWI 2.0 était complet et conforme au règlement de la consultation, le juge des référés n'ayant pas communiqué ces pièces à la société requérante afin de respecter le secret des affaires. Ainsi, le moyen tiré de l'irrégularité de la candidature de la société attributaire du marché doit être écarté.

En ce qui concerne l'absence de fixation d'un montant maximum des prestations objets de l'accord-cadre

6. Aux termes de l'article 49 de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE : « *Les avis de marché sont utilisés comme moyen d'appel à la concurrence pour toutes les procédures, sans préjudice de l'article 26, paragraphe 5, deuxième alinéa, et de l'article 32. Les avis de marché contiennent les informations prévues à l'annexe V, partie C, et sont publiés conformément à l'article 51.* » Aux termes du point 7 du C relatif aux informations qui doivent figurer dans les avis de marché de l'annexe V de cette directive : « *: Description du marché : nature et étendue des travaux, nature et quantité ou valeur des fournitures, nature et étendue des services. Si le marché est divisé en lots, indiquer cette information pour chaque lot. Le cas échéant, description*

des options. ». Aux termes de l'article R. 2162-4 du code de la commande publique, dans sa rédaction applicable au présent litige : « *Les accords-cadres peuvent être conclus : / 1° Soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; / 2° Soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité* ». Par un arrêt du 17 juin 2021 *Simonsen Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark*, (aff. C623/20), en réponse à une question préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que « l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aurait été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets ». Par suite, un accord-cadre doit indiquer une valeur ou une quantité maximale dans le cadre la procédure de passation du marché public, un tel principe étant applicable en l'espèce nonobstant la circonstance que le décret du 23 août 2021 modifiant les dispositions du code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité est intervenu notamment afin de tirer les conséquences de la décision précitée de la Cour de justice de l'Union européenne n'a prévu l'entrée en vigueur des dispositions de son article 2 portant suppression de la possibilité de conclure un accord-cadre sans mention d'une valeur maximale qu'à compter du 1^{er} janvier 2022.

7. Il résulte des dispositions du code de justice administrative citées au point 2 que les manquements invocables devant le juge du référé précontractuel sont limitativement définis. Ainsi, le soumissionnaire évincé qui demande l'annulation de la procédure de passation doit établir qu'il a personnellement été lésé, ou susceptible d'avoir été lésé, par le ou les manquements qu'il invoque, fût-ce au droit de l'Union européenne. Or, il résulte de l'instruction que la société *Datex* n'a pas été dissuadée de participer à la procédure litigieuse et a pu utilement présenter une offre alors qu'en sa qualité d'attributaire du marché en cours elle avait une connaissance précise du montant du marché. Par ailleurs, la société *Datex* n'a pas jugé utile de solliciter des renseignements complémentaires auprès du pouvoir adjudicateur et ne lui a pas posé de questions pour connaître le montant estimatif et/ou maximum de l'accord-cadre, alors même que cette possibilité est prévue par le code de la commande publique. Il résulte également de l'instruction que le requérant disposait d'informations détaillées dans le dossier de consultation des entreprises relatives au périmètre du contrat, la nature et l'étendue des prestations à réaliser, permettant à l'ensemble des candidats d'apprécier leur « capacité à exécuter les obligations » découlant de l'accord-cadre, selon les termes mêmes de la décision précitée de la CJUE en date du 17 juin 2021. A cet égard, le cahier des charges stipulait en son article 4, une estimation du nombre de repas de 24 500 par année scolaire, soit de 200 repas par jour d'école ainsi qu'une variation au maximum à 20% de cette estimation.

8. Ainsi, en se bornant à affirmer que l'absence de montant maximum entache la procédure de passation d'une irrégularité, la société *Datex Antilles* n'explique pas de façon étayée en quoi cette insuffisance supposée dans les informations délivrées aurait été, soit de nature à favoriser ses concurrents, soit son offre et son classement auraient été différents si elle l'avait reçue dès le stade de l'avis d'appel à la concurrence. Dans ces conditions, la société requérante ne démontre pas avoir été lésée par le manquement établi du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence. Le moyen doit, dès lors, être écarté.

En ce qui concerne la méthode de notation des offres

9. Aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande: « *Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.* ». Aux termes de l'article L. 2152-8 de ce code : « *Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à*

l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ». Aux termes de l'article R. 2152-7 du même code : « Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : (...) / 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants : / a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ; / c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché. / D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ». Aux termes de l'article R. 2152-11 du même code : « Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation ».

10. Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Le pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres. Toutefois, il ne peut légalement retenir une pondération, en particulier pour le critère du prix ou du coût, qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

11. En premier lieu, le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, 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.

12. Par ailleurs, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes, et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

13. En l'espèce, la société Datex Antilles soutient que le sous-critère technique « Qualité de l'échantillon de dégustation » serait subjectif et insuffisamment précis puisque les produits demandés aux candidats n'étaient pas identiques. Il résulte de l'instruction qu'en ne fixant pas un menu identique pour l'échantillon de dégustation dans le règlement de la consultation, le pouvoir adjudicateur a insuffisamment encadré les propositions des soumissionnaires, pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Par suite, la société requérante est fondée à soutenir que le sous-critère de la « Qualité de l'échantillon de dégustation » méconnaît le principe d'égalité de traitement des candidats.

14. En deuxième lieu, lorsque la personne publique a informé les candidats des modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres, elle ne peut les modifier après le dépôt des offres, sans méconnaître le principe de transparence des procédures.

15. La société requérante expose que l'acheteur aurait modifié, postérieurement à la remise des offres, les critères de notation de celles-ci définis dans les documents de la consultation. Il résulte de l'instruction que la composition de l'échantillon était prévue dans le règlement de la consultation : « *Un hors d'œuvre à base de crudités / Un plat chaud / Un fromage / Un dessert de type pâtisserie* ». Or, il ressort du procès-verbal de la commission d'appel d'offres qui détaille les résultats obtenus par chacun des candidats que le fromage n'a pas été pris en compte dans l'analyse des offres. Par suite, la société Datex Antilles est fondée à soutenir que le sous-critère relatif à la « Qualité de l'échantillon de dégustation » méconnaît le principe de transparence des procédures.

16. En troisième lieu, la société Datex Antilles allègue que le collègue Aimé Césaire a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats en raison de l'absence d'anonymat des échantillons ayant été de nature à conférer à l'acheteur une liberté de choix discrétionnaire. Il résulte cependant de l'instruction que lors de la dégustation des échantillons, les soumissionnaires étaient identifiés par des numéros de manière à garantir l'anonymat. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats pour défaut d'anonymat ne peut être qu'écarté.

17. En quatrième lieu, la société requérante fait valoir que le principe de transparence des procédures a été méconnu puisque les soumissionnaires ne disposaient d'aucune indication sur l'identité, la légitimité et les compétences des goûteurs. Il ne résulte pas de l'instruction que les informations relatives à la composition de la commission de dégustation auraient été insuffisantes pour permettre aux candidats de formuler leur offre dans des conditions conformes aux principes de libre accès à la commande publique, de transparence et d'égalité de traitement. Par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que les informations données aux candidats étaient insuffisantes pour leur permettre d'élaborer une offre satisfaisante.

18. En dernier lieu, si, 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, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de la consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres. Toutefois, ainsi qu'il est dit au point 11, 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.

19. En l'espèce, la société Datex Antilles relève que, pour le critère « Prix du repas », la société KWI 2.0., attributaire pressenti, a obtenu une meilleure note alors que le prix proposé par cette dernière est plus élevé. Il résulte de l'instruction que, pour le critère du prix, la meilleure note n'a pas été attribuée à l'offre la plus basse. De plus, il ressort du procès-verbal de la commission d'appel d'offres que le critère du prix a été apprécié de façon subjective par une notation par les membres de la commission de dégustation du « Prix du repas au regard de la prestation ». Dès lors, la méthode notation du critère du prix est de nature par elle-même, à conduire à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie en neutralisant les écarts entre les prix. Par suite, en recourant à cette méthode de notation, le collègue Aimé Césaire a manqué à ses obligations de respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats.

20. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de prononcer l'annulation de la procédure d'attribution du marché public lancée par le collègue Aimé Césaire relatif à la fourniture et la livraison de repas complets en liaison chaude et d'enjoindre au collègue, s'il entend la poursuivre, de la reprendre à compter du stade de l'analyse des offres en procédant à une nouvelle dégustation des échantillons.

En ce qui concerne le manquement aux obligations en matière d'information des candidats évincés :

21. Aux termes de l'article L. 2181-1 du code de la commande publique : « *Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.* ». L'article R. 2181-2 du même code dispose : « *Tout candidat ou soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été rejetée peut obtenir les motifs de ce rejet dans un délai de quinze jours à compter de la réception de sa demande à l'acheteur. / Lorsque l'offre de ce soumissionnaire n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, l'acheteur lui communique en outre les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché.* ». Ces dispositions ont notamment pour objet de permettre à la société évincée de contester le rejet qui lui est opposé. Il en résulte qu'une méconnaissance de l'obligation de communication qui incombe au pouvoir adjudicateur constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de léser cette société en l'empêchant de contester utilement le rejet de son offre.

22. Par un courrier du 22 novembre 2021, le collègue Aimé Césaire a informé la société Datex Antilles que son offre classée en troisième position n'a pas été retenue et a obtenu une note globale de 6,12/10. Il est mentionné, en outre, dans le courrier de rejet le nom de l'attributaire, que celui-ci a obtenu le meilleur classement sur chaque critère et sous-critère ainsi que le montant annuel de son offre. Il résulte de l'instruction que les notes obtenues par la société requérante et par l'attributaire pour chacun des critères et des sous-critères ont été communiquées en cours d'instance. En revanche, ni les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ni les éléments d'appréciation de son offre ne lui ont été communiqués. Le moyen tiré du défaut d'information aux candidats évincés est fondé.

23. Toutefois, il résulte de tout ce qui précède qu'il n'y a plus lieu d'enjoindre au collègue Aimé Césaire de communiquer à la société Datex Antilles les informations manquantes. Par voie de conséquence, les conclusions à fin d'injonction sont rejetées.

Sur les frais liés à l'instance :

24. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

25. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge du collègue Aimé Césaire une somme de 1 500 euros à verser à la société Datex Antilles au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu, en revanche, de faire droit aux conclusions du collègue Aimé Césaire sur le fondement de ces mêmes dispositions.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché public lancée par le collègue Aimé Césaire ayant pour objet pour la fourniture et la livraison de repas complets en liaison chaude est annulée au stade de l'analyse des offres.

Article 2 : Il est enjoint au collègue, s'il entend poursuivre la procédure d'attribution du marché, de la reprendre à compter du stade de l'analyse des offres en procédant à une nouvelle dégustation des échantillons conformément aux principes énoncés dans les motifs de l'ordonnance.

Article 3 : Le surplus de la requête de la société Datex Antilles est rejeté.

Article 4 : Le collègue Aimé Césaire versera à la société Datex Antilles la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions du collègue Aimé Césaire tendant à l'application de l'article L 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Datex Antilles, au collègue Aimé Césaire, et à la société KWI 2.0.

Fait à Schœlcher, le 17 décembre 2021.

Le juge des référés,

Le greffier

M. Wallerich

J-H. Minin