

0381826001

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BESANÇON**

N° 1001581

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE FRAND ET ASSOCIES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAISM. Pommier
Juge des référés

Ordonnance du 21 décembre 2010

Le Tribunal administratif de Besançon,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 28 novembre 2010, présentée pour la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES, dont le siège est 23 Avenue Jean Jaurès à Strasbourg (67100), par Me Palmier ; la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES demande au juge des référés précontractuels :

- d'annuler la décision de rejet de son offre ainsi que la décision d'attribution du lot n°4 du marché de prestations d'assurances à la société Dexia Sofcap/Cnp ;
- d'enjoindre au service départemental d'incendie et de secours (SDIS) du Doubs d'éliminer l'offre de la société Dexia pour non-conformité au lot n°4, de reprendre la procédure de passation au stade de l'attribution du lot n°4 avant la décision de la commission d'appel d'offres, subsidiairement d'enjoindre au SDIS de reprendre la procédure au stade de l'attribution du lot n°4 avant la décision de la commission d'appel d'offres ou encore de reprendre la procédure dans des conditions conformes aux dispositions en vigueur ;
- de mettre à la charge du SDIS du Doubs le versement de la somme de 6 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que l'attribution du marché litigieux a été faite sur la base de sous-critères affectés d'une importance différente de celle prévue à l'article 5 du règlement de la consultation sans que celle-ci soit portée à la connaissance des candidats avant le dépôt des offres ; que le sous-critère relatif au « respect du cahier des charges » est irrégulier, dès lors que le respect d'un document contractuel ne peut faire l'objet d'une intensité susceptible d'être notée, le respect du cahier des charges devant être total sous peine d'irrecevabilité de l'offre ; qu'un tel sous-critère fait double emploi avec l'appréciation portée sur les deux autres sous-critères ; qu'en effet il ressort du rapport d'analyse des offres que ce sous-critère a servi à noter les éléments des deux autres sous-critères ; que l'attributaire du lot 4 a déposé une offre irrégulière au regard du cahier des charges et de la loi du 31 décembre 1971 dès lors que le rapport d'analyse des offres indique que le service en charge des

recours sera constitué uniquement de juristes n'ayant pas la qualité d'avocats ;

Vu, enregistrés les 8 et 13 décembre 2010, les deux mémoires en défense présentés par le SDIS du Doubs qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir que la requête est irrecevable, faute d'un mandat régulier du gérant ; que les termes du mandat donné par les deux compagnies d'assurances à la société requérante ne comprennent pas la défense de leurs intérêts en cas de rejet de leur offre ; que la société requérante ne démontre pas l'effectivité de l'impact supposé de la violation du principe de transparence dans l'attribution du marché litigieux ; que les précisions données sur le critère de la valeur technique de l'offre ne constituent pas des sous-critères ; que c'est le questionnaire annexé au cahier des charges qui a servi à l'établissement de l'analyse des offres et que dès lors, à supposer même que soit retenue la qualification de sous-critères, ils étaient connus car ils faisaient partie du questionnaire ; que la société requérante ne pourrait se voir au mieux créditer que de trois points, ce qui serait insuffisant pour la classer en première position ; que le respect des clauses du cahier des charges n'est pas un sous-critère ; que les entreprises candidates pouvaient aller au-delà de cette base minimale dans leurs conditions générales ; que la société requérante dénature la réponse de la société Dexia au questionnaire annexé au cahier des charges, le conseil juridique ne devant pas être confondu avec la représentation en justice ;

Vu, enregistré le 13 décembre 2010, le mémoire présenté par la société Dexia Sofcap qui conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES la somme de 3 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient qu'en dehors de l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur décide de recourir à des sous-critères, l'exigence d'intelligibilité des critères impose simplement au pouvoir adjudicateur d'indiquer les conditions de leur mise en œuvre ; que l'article 5 du règlement de la consultation respecte l'article 53 du code des marchés publics ; que la nature et l'étendue des garanties, appréciées au regard du respect des clauses du cahier des charges et les modalités et moyens de gestion du contrat et/ou des sinistres ne sont pas des sous-critères mais les conditions de mise en œuvre du critère portant sur la valeur technique de l'offre ; que la méthode de notation n'avait pas à être communiquée aux candidats ; qu'en tout état de cause, la société requérante n'a pu être lésée ; que la prétendue « sous-pondération » du critère technique était aisément identifiable et prévisible eu égard au questionnaire annexé au cahier des charges ; que si la société requérante soutient qu'elle avait élaboré une offre en supposant que les deux sous-critères étaient dotés d'une pondération équivalente, elle aurait donc pu obtenir 3 points de plus dans le meilleur des cas, ce qui était insuffisant ; que l'assureur ayant une marge de manœuvre par le biais de ses conditions générales, le pouvoir adjudicateur pouvait apprécier l'offre par rapport au cahier des charges ; que dans le cadre de la prise en charge des recours, elle met à la disposition du pouvoir adjudicateur deux juristes spécialisés, cette prestation restant l'accessoire d'une mission plus globale de gestion du contrat d'assurance, sans qu'il soit question qu'elle représente le SDIS devant les juridictions ;

Vu, enregistré le 14 décembre 2010, le mémoire en réplique présenté par la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES qui conclut aux mêmes fins que la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société Dexia la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient qu'elle a participé à la procédure litigieuse en qualité de courtier mandataire de deux sociétés d'assurance ; que chaque entreprise membre d'un groupement d'entreprises a intérêt à agir devant le juge du référé précontractuel ; que la preuve est apportée de la capacité de M. Billaud à donner mandat à la société requérante au nom des deux sociétés d'assurance représentées ; qu'une offre dont le contenu n'est pas conforme en tout point aux exigences du cahier des charges doit être écartée ; que ce n'est qu'à la lecture du rapport d'analyse des offres qu'elle a découvert que le critère de la valeur technique a été apprécié selon des sous-critères d'importance différente ; que le pouvoir adjudicateur devait faire état dès le cahier des charges de l'importance respective des différents éléments d'appréciation de la valeur technique ; que la société attributaire ne démontre pas que les sous-critères auraient eu la même importance ; que le SDIS n'a pas apprécié les offres des candidats conformément aux sous-critères annoncés dans le cahier des charges ; que le sous-critère du respect d'un document contractuel a bien été utilisé pour noter les offres ; que le règlement de la consultation a indiqué que le critère du prix est pondéré à 40 % sans préciser les modalités de mise en œuvre de ce critère ; que de plus la méthode de notation retenue est discriminatoire car elle ne reflète pas l'écart de prix entre les offres ;

Vu, enregistrée le 16 décembre 2010, la note en délibéré présentée pour la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES ;

Vu la décision en date du 1^{er} octobre 2009 par laquelle la présidente du tribunal a désigné M. Pommier comme juge des référés ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- Me Palmier, avocat de la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES ;
- le SDIS du Doubs ;
- la société Dexia ;

Vu l'audience publique du 15 décembre 2010 à 14 h 30 au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Pommier, vice-président, juge des référés ;
- les observations présentées par Me Palmier, représentant la société requérante, qui a développé son argumentation écrite et a soutenu en outre que contrairement à la mention figurant sur le rapport d'analyse des offres, le cahier des charges ne prévoyait pas un délai de 15 jours pour la déclaration des sinistres ;
- les observations présentées par Me Landbeck pour le SDIS du Doubs qui a développé son argumentation écrite ;
- Les observations présentées par Me Coupé substituant Me Goutal pour la société Dexia qui a développé son argumentation écrite ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience, à 15 h 40 la clôture de l'instruction ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence du 15 juillet 2010, le service départemental d'incendie et de secours (SDIS) du Doubs a engagé une procédure de passation d'un marché relatif à l'achat de prestations d'assurances ; que ce marché comprenait quatre lots ; que le lot n°4 était relatif aux « risques statutaires » ; qu'après la réunion de la commission d'appel d'offres qui s'est tenue le 26 octobre 2010, la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES, candidate à l'attribution du lot n°4, a été avisée par lettre du 19 novembre 2010 que son offre avait été classée deuxième avec une note de 89/100 alors que la société attributaire avait obtenu la note de 94/100 ; que la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES demande principalement au juge des référés précontractuels d'annuler la procédure de passation du lot n°4 du marché de prestations d'assurances ;

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, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce 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* » ; que l'article L. 551-10 dispose que : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local* » ;

Considérant qu'il appartient 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 ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non recevoir opposée par le SDIS :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « I. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : /I°) Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché (...)/ II. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération (...)/ Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) » ; que ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils 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 ;

Considérant que le paragraphe 5 du règlement de consultation indique que : « (...) les offres conformes à la solution de base, les options et les éventuelles variantes seront jugées en fonction des critères pondérés classés dans l'ordre décroissant suivant : 1 - Valeur technique de l'offre (nature et étendue des garanties- respect des clauses du cahier des charges - modalités et moyens de gestion du contrat et/ou des sinistres) 60 %. 2 Le prix (40%) (...) » ;

Considérant que contrairement à ce que soutient le SDIS du Doubs, les trois éléments venant préciser le critère de la valeur technique de l'offre s'analysent en des sous-critères et non en des modalités de mise en œuvre, lesquelles concernent la hiérarchisation et la pondération des critères les uns par rapport aux autres ;

Considérant qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que la commission d'appel d'offres a, pour juger la valeur technique des offres, procéder à l'analyse des garanties proposées, examinées notamment au regard de la conformité au cahier des charges, sous-critère affecté d'un total de 27 points, et des services proposés, sous-critère affecté d'un total de 33 points ; que la société requérante et la société Dexia ont obtenu respectivement 22,5 et 27 points sur 27 et 26,5 et 33 points sur 33 ; que si la commission d'appel d'offres a ainsi fusionné les deux sous-critères de la nature et de l'étendue des garanties et du respect du cahier des charges et a pondéré les deux sous-critères retenus, sans en avoir informé les candidats, il ne résulte pas de l'instruction qu'eu égard à la nature et au caractère très mesuré de la pondération opérée, celle-ci ait été en l'espèce susceptible d'exercer une influence tant sur la présentation des offres par les candidats que sur leur sélection ;

Considérant, en deuxième lieu, que compte tenu des spécificités des marchés d'assurances, dans lesquels des offres contenant des réserves ou au contraire des améliorations par rapport au cahier des charges peuvent être dans une certaine mesure admises tout en étant régulières, le sous-critère tiré du respect des cahiers des charges ne constitue pas un élément insusceptible d'être noté ;

Considérant, en troisième lieu, que s'agissant du critère du prix, la société requérante fait valoir sans être contredite que la note attribuée à la société Dexia excède de 3,57 points celle qu'elle aurait dû obtenir si avait été appliquée une méthode mathématique reproduisant l'écart entre les deux offres ; que le SDIS n'a apporté aucune précision sur la méthode de notation de ce critère ; que, toutefois, même en faisant application de la méthode préconisée par la société requérante, elle n'aurait pas été classée en première position, l'écart total de points étant supérieur à 3,57 ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'il ne ressort pas des pièces versées au débat contentieux que la société Dexia aurait indiqué dans son offre, en ce qui concerne l'assistance juridique et l'exercice des recours contre les tiers responsables, qu'elle se proposait de représenter le SDIS devant les juridictions ; que, par suite, le moyen tiré de ce que son offre devrait être écartée comme méconnaissant les dispositions de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires ne peut qu'être écarté ;

Considérant enfin que si lors de l'audience la société requérante a indiqué qu'était erronée la mention figurant sur le rapport d'analyse des offres et indiquant que le délai de déclaration des sinistres était de 15 jours selon le cahier des charges, elle n'a en tout état de cause pas mis le juge des référés à même de se prononcer sur le bien-fondé de ce moyen, en n'ayant pas produit ledit cahier des charges ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu de rejeter la requête de la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES ;

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

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre la somme de 800 euros à la charge de la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES au titre des frais exposés respectivement par le SDIS du Doubs et la société Dexia et non compris dans les dépens, en application des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative ; qu'en revanche ces dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge du SDIS du Doubs et de la société Dexia, qui ne sont pas, dans la présente instance les parties perdantes, le versement des sommes que demande la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

N°1001581

0381826001

7

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES est rejetée.

Article 2 : La SOCIETE FRAND ET ASSOCIES versera respectivement au SDIS du Doubs et à la société Dexia la somme de 800 (huit cents) euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE FRAND ET ASSOCIES, au service départemental d'incendie et de secours du Doubs et à la société Dexia sofcap/cnp.

Fait à Besançon, le 21 décembre 2010.

Le juge des référés,

Le greffier

J. POMMIER

P. SANTI

La République mande et ordonne au préfet du Doubs en ce qui la 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 du présent jugement.

Pour expédition conforme,
Le greffier