

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE DIJON**

N°0902816

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Heckel
Juge des référés

Ordonnance du 23 décembre 2009

Le Tribunal administratif de Dijon,

Le juge des référés

39-02-005

C

Vu la requête, enregistrée le 3 décembre 2009, présentée pour le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR, dont le siège est 53 bis, rue de la Préfecture à Dijon (21000), par Me Chaton ; le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR demande au Tribunal de différer la signature du marché de prestation de prélèvements et analyses des eaux destinées à la consommation humaine et de loisirs dans les départements de la région Bourgogne jusqu'au terme de la présente procédure, d'annuler la procédure relative aux prestations de prélèvements et d'analyses des eaux destinées à la consommation humaine (lot 21-1) et des eaux de loisirs (lot 21-2), d'enjoindre à l'Etat (DDASS de Côte-d'Or) de lui communiquer sans délai les éléments sollicités par le conseil général de Côte-d'Or auprès du pouvoir adjudicateur dans son courrier du 27 novembre 2009, d'annuler la procédure de passation des lots 21-1 et 21-2 du marché en cause et de condamner l'Etat à lui payer la somme de 3000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR expose que l'Etat (DRASS de Bourgogne) a lancé une procédure de mise en concurrence pour la passation d'un marché de services ayant pour objet des prélèvements et analyses des eaux destinées à la consommation humaine et de loisirs dans les départements de la région Bourgogne ; que, par deux lettres du 23 novembre 2009, le préfet de Côte-d'Or l'a informé du rejet des offres du laboratoire départemental de Côte-d'Or pour les lots 1 et 2 ; que le département requérant soutient que l'appréciation des offres a été faite au vu de critères ne correspondant pas à ceux prévus dans le règlement du marché ;

Vu l'ordonnance du 4 décembre 2009 par laquelle le juge des référés a enjoint à l'Etat (préfet de la Côte d'Or) de différer la signature du contrat (lots n° 21-1 et n° 21-2) au plus tard jusqu'au 24 décembre 2009 ;

Vu le mémoire en défense enregistré le 15 décembre 2009 présenté pour l'Etat, représenté par le préfet de la Côte d'Or, par Me Cabanes ; il conclut au rejet de la requête et à la condamnation du département de la Côte d'Or à lui verser la somme de 3000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Sur la question de la contradiction entre les critères de choix des offres indiqués dans le courrier de rejet de l'offre du département et les critères de choix des offres tels qu'ils figurent dans les documents de la consultation, le préfet soutient qu'il n'a pas modifié les critères de sélection mais qu'une erreur matérielle a été commise par la DDASS lors de la rédaction des courriers de rejet des offres, laquelle a été rectifiée ; sur le caractère prétendument insuffisant de la motivation du rejet de l'offre du département, le préfet fait valoir qu'il a respecté les exigences d'information des candidats résultant des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 17 décembre 2009, présenté pour le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR, par Me Chaton ; il persiste dans les conclusions de la requête ;

Le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR soutient que les critères de sélection des offres ont été modifiés ou rectifiés au cours de la procédure dans des conditions ne garantissant pas l'égalité des candidats ; que les sous-critères, qui ont présidé au classement des offres, n'ont pas été portés à la connaissance des candidats lors de la publication ; que le pouvoir adjudicateur a révélé à tous les candidats ayant déjà retiré un dossier l'identité des autres concurrents par un courrier électronique ; qu'en ce qui concerne le critère relatif au prix, le pouvoir adjudicateur a fait usage d'une méthode de calcul en contradiction avec le règlement du marché et dont l'effet a été d'amplifier la portée de ce critère en le survalorisant ; qu'en ce qui concerne le critère des délais, il y a une ambiguïté dans la rédaction du CCTP tant sur leur computation que sur les sanctions instituées dans l'hypothèse où ils ne sont pas respectés ;

Vu le mémoire en intervention enregistré le 18 décembre 2009 présenté pour la société CARSO-laboratoire Santé environnement Hygiène de Lyon dont le siège est 321, avenue Jean Jaurès à Lyon (69362) cedex 07, par Me Tenailleau ; il conclut au rejet de la requête et à la condamnation du département de la Côte d'Or à lui verser la somme de 1000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 1^{er} septembre 2009 par laquelle le président du Tribunal a désigné M. Heckel, vice-président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir au cours de l'audience publique, qui s'est tenue le 18 décembre à 11 heures, présenté son rapport, entendu les observations de :

Me Chaton, représentant le département de Côte d'Or ;

Me Cazcara, substituant Me Cabanes, représentant l'Etat ;

Et reporté au samedi 19 décembre 2009, à 23 heures 59, la clôture de l'instruction ;

Vu le mémoire, enregistré le 19 décembre 2009, présenté pour l'Etat, représenté par le préfet de la Côte d'Or, par Me Cabanes ; il conclut comme précédemment ;

Vu le mémoire, enregistré le 21 décembre 2009 après la clôture de l'instruction, présenté pour le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR, par Me Chalon ;

Sur l'intervention de la société CARSO - laboratoire Santé environnement Hygiène :

Considérant que la société CARSO-laboratoire Santé environnement Hygiène a intérêt au maintien de la procédure de passation du marché contesté ; qu'ainsi son intervention est recevable ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la procédure d'appel d'offre contestée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés par le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR :

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 (...). / Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;*

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 ;

Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence paru le 4 juillet 2009, la direction régionale des affaires sanitaires et sociales de Bourgogne a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché de prestation de prélèvements et analyses des eaux destinées à la consommation humaine et de loisirs dans les départements de la région Bourgogne ; que le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR (laboratoire départemental), soumissionnaire, demande au juge du référé précontractuel, dans le dernier état de ses écritures, l'annulation de la procédure d'appel d'offre contestée en tant qu'il concerne les lots 21-1 et 21-2 se rapportant respectivement aux prélèvements et analyses d'eaux destinées à la consommation humaine et de loisirs (piscines et baignades) dans le département de la Côte d'Or ;

Considérant qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « *1 Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° 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 ; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix (...) » ;

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 ; que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative doivent être connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres ; que le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence qui en découle, s'oppose à ce que, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur fixe ultérieurement des coefficients et des règles d'appréciation des critères d'attribution différents de ceux mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;

Considérant en l'espèce, qu'il ressort des pièces versées au dossier et notamment de la fiche d'évaluation des offres produite par le défendeur, que si les quatre critères d'attribution des offres, à savoir la valeur technique, le prix, le délai d'exécution et la réussite au test de transfert informatique et leurs coefficients de pondération, ont bien été déterminés au préalable et figurent à l'article 6.3 du règlement de consultation, l'appréciation qui a été faite de ces critères a été modifiée au cours de la procédure de consultation ; qu'ainsi le critère relatif à la valeur technique, qui devait être apprécié en fonction des réponses apportées par le candidat dans son mémoire technique et dans les réponses apportées par le candidat aux fiches 2, 3, 4, 5 et 6 annexées au mémoire technique, a été étendu aux réponses apportées par le candidat aux fiches 1, 2, 3, 4, 5 et 6 ; qu'en se référant le 17 juillet 2009 au mémoire n°1 qui ne figurait pas dans le règlement de consultation, le pouvoir adjudicateur a de fait modifié les critères d'appréciation de la valeur technique des offres ; qu'il en a été de même en ce qui concerne l'appréciation du critère relatif au délai lequel devait être apprécié, selon le règlement de la consultation, en fonction des informations apportées par le candidat à la fiche n°1 annexée au mémoire technique alors que le pouvoir adjudicateur a précisé, en cours de procédure, que ce critère serait apprécié en fonction des informations apportées par le candidat dans son mémoire technique et dans les réponses apportées par le candidat dans la fiche n°5 annexée audit rapport ; qu'en ce qui concerne le coût, le pouvoir adjudicateur a déterminé un mode de calcul du critère relatif au prix qui n'était pas annoncé dans le règlement de consultation ; que le principe de notation, qui a consisté à porter au carré le résultat obtenu par le coût de l'offre la plus basse divisée par l'offre notée, a eu pour effet d'amplifier les écarts constatés entre le coût de l'offre minimale par rapport au coût de l'offre notée en survalorisant le critère, par ailleurs faiblement pondéré (15%), du coût en application de la rubrique 6.3 du règlement de la consultation ; qu'à aucun moment le pouvoir adjudicateur n'a indiqué les conditions de mise en œuvre des critères qu'il a retenus pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ; que, dans ces conditions, le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR est fondé à soutenir que le système de notation ainsi retenu et mis en œuvre ne permettait pas d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats ; qu'un tel manquement, qui est de nature à léser le département requérant au stade de l'examen des offres, justifie l'annulation de la procédure de passation des lots 21-1 et 21-2 du marché litigieux ;

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

Considérant qu'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 » ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat une somme de 1200 euros sur celle de 3000 euros demandée par le DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR au titre des frais irrépétibles ; qu'il n'y a pas lieu en revanche de mettre à la charge du département de la Côte d'Or la somme de 3000 euros que réclame l'Etat au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ni celle de 1000 euros que réclame sur le même fondement la société CARSO-laboratoire Santé environnement Hygiène ;

ORDONNE

Article 1^{er} : L'intervention de la société CARSO - laboratoire Santé environnement Hygiène est admise.

Article 2 : La procédure de passation des lots 21-1 et 21-2 du marché de services ayant pour objet des prélèvements et analyses des eaux destinées à la consommation humaine et de loisirs dans les départements de la région Bourgogne est annulée.

Article 3 : L'Etat versera au DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR la somme de 1200 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée au DEPARTEMENT DE LA COTE-D'OR, au préfet de Côte-d'Or et à la société CARSO-laboratoire Santé environnement Hygiène.

Fait à Dijon, le 23 décembre 2009.

Le juge des référés,

Le greffier,

B. HECKEL

J. TESTORI

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales 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
Le Greffier en Chef,
ou par délégation le Greffier,