

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N°1106246

M. Gérard BUDEL

M. Hermitte
Juge des référés

Ordonnance du 20 octobre 2011

54-03-05

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Marseille,

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

Vu la requête, enregistrée au greffe du Tribunal le 30 septembre 2011 sous le n°1106246, présentée pour M. Gérard BUDEL, demeurant 3 place du commandant Dumont à Tallard (05130), par Me Aoudiani ;

M. BUDEL demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1° d'annuler toutes les décisions consécutives aux irrégularités qui entachent la procédure de passation lancée par le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud en vue de l'attribution d'un marché public de travaux portant sur la création d'une unité de soins à Sisteron ;

2° d'annuler, en conséquence, la procédure de passation contestée ;

3° de mettre à la charge du centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- alors que les capacités du candidat doivent être appréciées au stade de l'examen des candidatures, le règlement de consultation prévoit un critère d'attribution des offres fondé sur les « compétences, moyens, références de la société », qui a conduit le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud à tenir compte, au moment de l'appréciation des offres, de l'expérience des soumissionnaires, de leurs effectifs, de leur équipements et de leur capacité à exécuter le marché, cette circonstance entraînant une confusion entre l'examen des candidatures et l'appréciation des offres et une méconnaissance des dispositions des articles 52 et 53 du code des marchés publics ;

- les conditions suivant lesquelles la négociation a été organisée méconnaissent le principe de transparence des procédures de passation des marchés, dès lors que le règlement de consultation aurait dû mentionner l'existence d'une phase de négociation afin de permettre aux candidats d'en tenir compte dans l'élaboration de leur offre et que les modalités de la négociation n'ont pas été précisées ;

- l'offre retenue n'est pas conforme aux exigences figurant dans le règlement de la consultation ;

- le second critère d'attribution du marché, dit de « compétences, moyens, références de la société » est imprécis et laconique, méconnaît le principe de transparence des procédures, et, dès lors qu'il tend en réalité à apprécier la valeur technique de l'offre, ne correspond pas au critère effectivement indiqué dans le règlement de la consultation ;

- en tant qu'elle contient une variante, alors qu'une telle faculté n'est pas admise par le règlement de la consultation, l'offre retenue n'est pas conforme aux prescriptions du CCTP afférent au lot n° 3 ni aux exigences du règlement de la consultation et aurait donc dû être écartée au stade de la sélection des offres, en application des dispositions combinées des articles 50-II, 53-II et 35-I, 1° du code des marchés publics ;

- la société attributaire du marché a remis son offre après la date limite de réception fixée par le règlement de la consultation au 5 août 2011 à 17h00 ;

Vu le mémoire, enregistré le 10 octobre 2011, présenté pour le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud, représenté par son directeur, par Me Lanzarone, qui demande au juge des référés :

1° de rejeter la requête de M. BUDEL ;

2° de mettre à la charge de M. BUDEL la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il fait valoir que :

- la requête de M. BUDEL est irrecevable, dès lors qu'il n'établit pas avoir été lésé par les irrégularités qu'il invoque ;

- le règlement de la consultation prévoit, au titre de l'examen de la candidature et pour l'appréciation des offres, des éléments distincts et clairement identifiés ;

- le second critère d'appréciation des offres, intitulé « compétences, moyens, références de la société », ne saurait être confondu avec l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, l'examen de la candidature ne préjugant en rien de la faculté de mobilisation effective des moyens matériels et humains de l'entreprise à l'occasion de l'exécution du marché ;

- en tout état de cause, la présente consultation concernant une procédure adaptée, il a pu librement déterminer les critères d'attribution du marché ;

- le requérant n'apporte aucun élément probant de nature à établir que le critère d'attribution du marché dit de « compétences, moyens, références de la société » porterait atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ;

- aucune disposition du code des marchés publics n'impose au pouvoir adjudicateur d'indiquer, dans le règlement de la consultation, qu'une phase de négociation va être menée ;

- l'important écart de prix constaté entre les deux offres présentées pour l'attribution du lot n° 3 a justifié que soit lancée une négociation tendant faire préciser par les candidats certains points de leur offre ;

- le requérant n'établit pas en quoi l'absence de mention d'une phase de négociation dans le règlement de la consultation l'aurait lésé ;

- aucune disposition n'impose au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des modalités de la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée ;
- en tout état de cause, il a parfaitement respecté le principe d'égalité de traitement des candidats lors de la phase de négociation, dès lors qu'il a demandé aux deux candidats d'apporter des précisions sur des points précis du CCTP ;
- la négociation s'est déroulée dans des conditions identiques pour tous les candidats ;
- les prescriptions des documents de la consultation n'ont pas été méconnues et le requérant n'apporte aucun élément probant de nature à établir que l'offre retenue ne serait pas conforme aux prescriptions du marché ;
- les critères d'attribution des offres sont suffisamment précis et ont régulièrement été portés à la connaissance des candidats dans le règlement de la consultation ;
- le requérant n'a demandé aucune précision sur la portée du critère d'attribution des offres qu'il conteste ;
- contrairement à ce que soutient M. BUDEL, l'offre retenue est conforme aux prescriptions des documents de la consultation ;
- le système du « concept douche » n'ayant pas été prévu au CCTP, il a pu régulièrement demander aux candidats de proposer et de chiffrer cette solution durant la phase de négociation ;
- le requérant n'est pas fondé à soutenir que l'offre retenue aurait été déposée tardivement, dès lors qu'elle a été déposée le 3 août 2011 tandis que la date limite de réception des offres était fixée au 5 août 2011 ;

Vu le mémoire, enregistré le 11 octobre 2011, présenté pour la société Caveglia et Marchetto, prise en la personne de ses représentants légaux, par Me Lecoyer, qui demande au juge des référés :

1° de rejeter la requête de M. BUDEL ;

2° de mettre à la charge de M. BUDEL la somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable, dès lors qu'aucun des arguments développés par le requérant n'est relatif à la violation des règles de publicité et de mise en concurrence ;
- elle a déposé son offre le 3 août 2011, soit avant la date limite de dépôt des offres fixée dans le règlement de la consultation ;
- le critère d'appréciation des offres intitulé « compétences, moyens, références de la société » est relatif, non pas à l'examen des candidatures, mais à l'examen technique des offres proposées ;
- en tout état de cause, dans le cadre de la passation d'un marché selon la procédure adaptée, ce critère est parfaitement régulier ;
- la négociation menée par le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud ne méconnaît pas le principe de transparence ;
- les dispositions de l'article 28 du code des marchés publics autorisent le pouvoir adjudicateur à recourir à la négociation et aucune rupture d'égalité entre les candidats ne résulte de la phase de négociation effectivement menée par le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud ;
- les critères d'attribution des offres ainsi que leurs modalités d'application ont été suffisamment précisés dans le règlement de la consultation ;
- en tout état de cause, l'éventuelle imprécision d'un critère d'attribution des offres n'est pas de nature à entraîner une rupture d'égalité dans la mise en concurrence entre les entreprises soumissionnaires ;
- l'offre qu'elle a présentée et qui a été retenue par le pouvoir adjudicateur est conforme aux

prescriptions du marché, dès lors que, dans le cadre d'une procédure adaptée, la négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre ;

Vu les deux mémoires, enregistrés les 11 et 12 octobre 2011, présenté pour M. BUDEL, qui reprend ses précédentes conclusions, par les mêmes moyens, demande au juge des référés de mettre une somme de 3 000 euros à la charge solidaire du centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud et de la société Caveglia et Marchetto et qui soutient, en outre, que :

- sa requête est recevable dès lors qu'il justifie d'un intérêt lésé par les irrégularités constatées ;
- le règlement de consultation prévoyant deux phases distinctes d'examen des candidatures et d'appréciation des offres, le pouvoir adjudicateur était tenu de distinguer entre les critères appliqués à chaque phase ;
- en demandant aux candidats de proposer et de chiffrer un « concept douche » non prévu au CCTP, le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud a apporté une modification substantielle au contenu initial du marché ;
- il n'a jamais été destinataire d'une demande émanant du centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud et tendant à ce qu'il propose et chiffre la pose d'un système de « concept douche » ;
- la société attributaire du marché a reçu, relativement à cette demande de proposition sur le « concept douche », une information plus précise que celle qui lui a été adressée ;
- la négociation ayant été menée essentiellement de manière orale, la traçabilité de la procédure est insuffisante ;
- le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud a méconnu les dispositions de l'article 5 du code des marchés publics, dès lors qu'il a modifié la nature et l'étendue du besoin à satisfaire au cours de la procédure de passation contestée et, plus précisément, à l'occasion de la négociation ;
- la différence entre le montant du marché initialement prévu par le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud et le montant du marché finalement conclu met en évidence cette modification du besoin à satisfaire ;
- la modification apportée au marché aurait dû conduire le pouvoir adjudicateur à répartir différemment les prestations entre chaque lot ;
- il n'a jamais été informé de la visite que le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud a effectuée dans les locaux de l'entreprise attributaire, or, le principe d'égalité de traitement des candidats exige que la teneur des échanges entre un candidat et le pouvoir adjudicateur soit communiquée aux autres candidats ;
- son offre a été rejetée au motif qu'il n'avait pas remis les références de chantiers équivalents alors que ces références avaient été jointes à son dossier de candidature ;
- les prestations supplémentaires offertes par la société attributaire du marché doivent être regardées soit comme constitutives d'une variante non admise, soit comme procédant d'une demande expresse du pouvoir adjudicateur faite en méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats ;

Vu le mémoire, enregistré le 13 octobre 2011, présenté pour le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud, qui persiste dans ses précédentes écritures et ajoute que :

- le critère d'appréciation des offres dit de « compétences, moyens, références de la société » tend à prendre en compte les moyens matériels et humains, la qualification professionnelle et l'expérience des personnels dédiés à l'exécution du marché, de sorte qu'il ne s'agit pas d'apprécier les moyens généraux dont disposent les candidats, mais uniquement ceux devant être affectés à l'exécution même du marché ;
- dans le cadre d'une procédure adaptée, les éléments pris en compte au titre de la candidature

peuvent parfaitement être examinés lors de l'appréciation des offres ;

- l'absence d'information préalable des candidats sur l'existence d'une phase de négociation n'a pas privé le requérant de la possibilité de faire évoluer son offre ;

- contrairement à ce qu'il soutient, M. BUDEL a pu présenter et chiffrer une offre sur le système du « concept douche » et ne saurait donc soutenir que la demande de précision sur ce système n'a été adressée qu'à l'entreprise attributaire ;

- l'offre de M. BUDEL a été rejetée au motif qu'il n'a pas apporté les précisions techniques suffisantes au regard du second critère d'attribution des offres ;

- dans le cadre de la procédure de passation contestée, il a suffisamment défini les besoins à satisfaire et n'a pas apporté de modification bouleversant l'économie générale du marché ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la décision du président du Tribunal désignant M. Hermitte, vice-président, comme juge des référés ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience du 13 octobre 2011 à 11 heures 00 :

- Me Aoudiani, pour M. BUDEL ;

- le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud ;

- la société Caveglia et Marchetto ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 13 octobre 2011, à 11 heures, présenté son rapport et entendu :

- Me Rouanet substituant Me Aoudiani, pour M. BUDEL, qui a repris et développé ses écritures ;

- Me Lanzarone, pour le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud, qui a repris et développé ses écritures ;

- Me Lecoyer, pour la société Caveglia et Marchetto, qui a repris et développé ses écritures ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience à 11 heures 30 ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 17 octobre 2011, présentée pour M. BUDEL, qui persiste dans ses précédentes écritures ;

Considérant que le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud a lancé, le 4 juillet 2011, en application de l'article 28 du code des marchés publics, une consultation sous forme de procédure adaptée, en vue de la passation d'un marché ayant pour objet la création d'une unité de soins de type SSR sur le site de Sisteron ; que M. BUDEL, qui a déposé une offre pour le lot n° 3 de ce marché, intitulé « revêtement de sols et murs », et dont l'offre a été rejetée, conteste la régularité de la procédure ;

Sur l'application des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

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 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. » ; que l'article L. 551-10 de ce code 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'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-10 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 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 qu'aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « Les marchés publics (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. » ; qu'aux termes de l'article 28 du code des marchés publics : « Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat./Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix./Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées, sans pour autant que les marchés en cause soient alors soumis aux règles formelles qu'elles comportent. En revanche, s'il se réfère expressément à l'une de ces procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur est tenu de l'appliquer dans son intégralité. » ; qu'aux termes de l'article 42 du même code : « Les marchés et accords-cadres passés après mise en concurrence font l'objet d'un règlement de la consultation qui est un des documents de la consultation. Ce règlement est facultatif si les mentions qui doivent y être portées figurent dans l'avis d'appel public à la concurrence. / Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre » ;

Considérant que dès lors qu'un marché en procédure adaptée fait l'objet d'une procédure de

mise en concurrence, les dispositions de l'article 42 du code des marchés publics précité imposent au pouvoir adjudicateur de définir, dans les documents de la consultation, les caractéristiques principales de cette procédure et du choix de l'offre ; que, par conséquent, si l'article 28 du même code permet de manière générale à un pouvoir adjudicateur de recourir à la négociation en procédure adaptée, il lui appartient cependant d'indiquer expressément pour chaque consultation s'il entend effectivement faire usage de cette faculté, laquelle est au nombre des caractéristiques principales de la procédure suivie et est de nature à exercer une influence sur la présentation des offres ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la consultation engagée le 4 juillet 2011 par le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud, en application de l'article 28 du code des marchés publics, sous forme de procédure adaptée, pour la passation d'un marché ayant pour objet la création d'une unité de soins de type SSR sur le site de Sisteron, a donné lieu au dépôt de deux offres, l'une présentée par M. BUDEL, l'autre par la société Caveglia et Marchetto, en vue de l'attribution du lot n° 3 de ce marché, intitulé « revêtement de sols et murs » et que le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud ne s'est pas borné à demander de simples précisions sur les offres des candidats mais a initié une phase de négociation alors qu'il est constant que le règlement de la consultation ne prévoyait pas la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de recourir à cette faculté ; qu'ainsi, l'une des caractéristiques principales de la procédure n'a pas été portée à la connaissance des candidats susceptibles de présenter une offre ; que, par suite, la procédure de passation contestée a méconnu le principe de transparence des procédures tel qu'il est garanti par les dispositions susvisées de l'article 1^{er} du code des marchés publics ; que, dans ces conditions, M. BUDEL est fondé à demander, pour ce motif, l'annulation de la procédure de passation du marché en cause, dès lors qu'il résulte de l'instruction que, contrairement à ce que soutiennent les défendeurs dont les fins de non-recevoir doivent être écartées, il est susceptible d'avoir été lésé par le manquement qu'il invoque, lequel porte bien sur les exigences qui pèsent sur le pouvoir adjudicateur en matière de publicité et de mise en concurrence, eu égard, d'abord, au fait que l'information donnée aux candidats quant à l'organisation ou non d'une négociation est de nature à influencer sur le contenu de leur offre, ensuite, à la circonstance que, quand bien même il aurait été invité à préciser certains points de son offre et à indiquer la remise commerciale éventuellement consentie, par demandes des 22 août et 6 septembre 2011, celles-ci n'indiquaient pas qu'elles s'intégraient dans une procédure de négociation, ne précisaient pas davantage clairement que le pouvoir adjudicateur entendait s'orienter vers un système de douche distinct de celui figurant dans les documents de la consultation, proposé dans son offre par le concurrent de M. BUDEL, ne permettant pas ainsi à ce dernier de modifier son offre dans des conditions satisfaisantes au regard de l'exigence d'égalité de traitement des candidats, et enfin, compte tenu du faible écart de points obtenus par les candidats ;

Considérant que, par suite, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, il y a lieu d'annuler dans son intégralité, eu égard à la nature du manquement commis par le pouvoir adjudicateur, la procédure de passation en litige, en tant qu'elle concerne le lot n° 3 « revêtement de sols et murs » du marché relatif à la création d'une unité de soins de type SSR à Sisteron, lancée par le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud, en ce toutes les décisions prises par le pouvoir adjudicateur à ce titre ;

Sur 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 que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que M. BUDEL, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, verse une somme sur leur fondement au centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud et à la société Caveglia et Marchetto ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a lieu de mettre une somme au titre des frais non compris dans les dépens exposés par M. BUDEL, sur le fondement de ces mêmes dispositions, d'un montant de 1 000 euros, qu'à la charge du centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud et non à celle de la société Caveglia et Marchetto ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure de passation du lot n° 3 intitulé « revêtement de sols et murs » du marché relatif à la création d'une unité de soins de type SSR à Sisteron, lancée par le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud est annulée dans son intégralité, en ce comprises toutes les décisions prises par le pouvoir adjudicateur à ce titre.

Article 2 : Le centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud versera une somme de 1 000 (mille) euros à M. BUDEL, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à M. Gérard BUDEL, au centre hospitalier intercommunal des Alpes du sud et à la société Caveglia et Marchetto.

Fait à Marseille, le 20 octobre 2011

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La République mande et ordonne au préfet des Hautes-Alpes en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,

Pour le greffier en chef.