

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N°1107660

SOCIETE LEON BROUQUIER

M. Hermitte
Juge des référés

Ordonnance du 21 décembre 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 5 décembre 2011 sous le n°1107660, présentée pour la société LEON BROUQUIER, dont le siège est ZI lot n° 11, rue René Cassin, BP 6 à Trets (13530), représentée par son gérant en exercice, par Me Woimant ;

La société LEON BROUQUIER 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 la décision du syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône datée du 27 octobre 2011 l'informant du rejet de l'offre qu'elle a présentée pour le lot n°4 du marché de travaux de dissimulation des réseaux de distribution publique d'énergie électrique et des communications électroniques, années 2011-2015, zones géographiques des Bouches-du-Rhône ;

2° d'enjoindre au syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres ;

Elle soutient que :

- le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône a commis une erreur dans l'application des coefficients de notation de la valeur prix ;
- lors de l'application des coefficients de pondération fixés par le règlement de la consultation, plusieurs erreurs de calcul ont été commises, modifiant de fait la note aurait dû lui être attribuée ;
- cette irrégularité dans la notation a directement lésé ses intérêts ;
- le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône n'a pas correctement appliqué les coefficients qu'il avait fixés dans le règlement de la consultation ;
- les notes de la société attributaire du marché sont également entachées d'erreurs dans l'application des coefficients ;
- si ces erreurs de coefficients de pondération n'avaient pas été commises, son offre aurait été classée première et elle aurait été déclarée attributaire du marché ;

Vu le mémoire, enregistré le 7 décembre 2011, présenté pour le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône, par Me Lanzarone, qui demande au juge des référés :

1° d'annuler les décisions de notification de rejet des offres présentées pour le lot n°4 du marché litigieux, décisions prises à la suite d'une erreur commise par la commission d'appel d'offres du syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône lors de la réunion du 29 septembre 2011 ;

2° d'annuler partiellement la délibération du bureau syndical du 10 novembre 2011 relative à l'attribution et la signature du lot n°4 du marché en cause ;

3° d'ordonner que la procédure d'attribution du marché soit reprise au stade de la commission d'appel d'offres et que la dite commission statue à nouveau sur les offres présentées pour le lot n°4 ;

Il fait valoir que :

- par suite des erreurs que la commission d'appel d'offres a commises lors de l'application des coefficients de pondération, il a été amené à retenir une offre qui n'était pas économiquement la plus avantageuse au sens des dispositions du code des marchés publics ;

- l'erreur commise par la commission d'appel d'offres n'a été mise en évidence qu'après que les candidats évincés ont été informés du rejet de leur offre ;

- la commission d'appel d'offre épuisant sa compétence une fois qu'elle a statué, elle ne pouvait retirer sa décision ;

Vu le mémoire, enregistré le 19 décembre 2011, présenté pour la société Forclum Méditerranée, qui demande au juge des référés :

1° d'annuler l'ensemble de la procédure engagée par le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône pour la passation du lot n°4 du marché en cause et l'ensemble des décisions prises dans le cadre de cette procédure à la suite de la réunion de la commission d'appel d'offre le 29 septembre 2011 ;

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

Elle fait valoir que :

- la requête de la société LEON BROUQUIER est irrecevable dès lors que le juge des référés du Tribunal de céans a, le 24 novembre 2011, rendu une ordonnance, revêtue de la force exécutoire, concernant les mêmes parties, ayant le même objet et la même cause que la présente requête ;

- la société LEON BROUQUIER aurait dû former une tierce opposition dans l'instance introduite par le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et tendant à l'annulation des décisions de notification de rejet des offres, motif pris de leur irrégularité consécutive aux erreurs commises par la commission d'appel d'offres lors de sa séance du 29 septembre 2011 ;

- la requête de la société LEON BROUQUIER est irrecevable dès lors qu'il incombe au syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône de classer sans suite la procédure d'appel d'offres entachée d'irrégularité afin de relancer une procédure régulière ;

- en demandant l'annulation des décisions de notification de rejet des offres et la reprise de la procédure au stade de l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur commet un détournement de procédure ;

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 19 décembre 2011 à 14 heures :

- Me Woimant, pour la société LEON BROUQUIER ;
- le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône ;
- la société Forclum Méditerranée ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 19 décembre 2011 à 14 heures, présenté son rapport et entendu :

- Me Woimant, pour la société LEON BROUQUIER, qui a repris et développé ses écritures ;
- Me Engelhard, pour la société Forclum Méditerranée, qui a repris et développé ses écritures ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience à 14 heures 15 ;

Vu la note en délibéré, enregistré le 19 décembre 2011, présentée pour le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône, qui persiste dans ses précédentes écritures et ajoute que l'autorité de la chose jugée ne s'attache pas à une ordonnance de référé et qu'en tout état de cause, le juge des référés précontractuels ne peut ordonner la reprise de la procédure qu'au stade auquel les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ont été constatés ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 décembre 2011, présentée pour la société requérante, qui persiste dans ses précédentes écritures et qui soutient, également, que sa requête est recevable et que la procédure peut n'être que partiellement annulée ;

Considérant que le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône a lancé, sous la forme d'un appel d'offres ouvert, une procédure de passation d'un marché à bons de commande ayant pour objet des travaux de dissimulation des réseaux de distribution publique d'énergie électrique et des communications électroniques, années 2011-2015, zones géographiques des Bouches-du-Rhône ; que la société, qui a fait acte de candidature et déposé une offre en vue de l'attribution du lot n° 4 de ce marché, conteste la régularité de cette procédure de passation, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative ;

Sur la recevabilité de la requête :

Considérant que, par requête enregistrée au greffe du Tribunal de céans le 22 novembre 2011, le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône a demandé au juge des référés d'annuler les décisions de notification de rejet des offres présentées pour les lots n°2 et 4 du marché susvisé et d'ordonner la reprise de la procédure de passation de marché au stade de l'analyse des offres ; que le juge des référés a rejeté cette requête par ordonnance en date du 24 novembre 2011 ; que, contrairement à ce que soutient la société Forclum Méditerranée, la société LEON BROUQUIER est recevable à former la présente requête dès lors qu'elle n'était pas partie à l'instance introduite le 22 novembre 2011 par le pouvoir adjudicateur, qu'elle n'était pas tenue de former tierce opposition et que le juge des référés n'avait pas d'obligation d'appeler en la cause les candidats évincés ; qu'en outre, alors même que le pouvoir adjudicateur a toujours la faculté de mettre fin à une procédure de passation d'un marché qu'il estime entachée d'irrégularité, cela ne fait pas obstacle à ce qu'un candidat évincé saisisse le juge des référés d'un recours fondé sur les articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative ; qu'enfin, le détournement de procédure allégué n'est pas établi par la société Forclum Méditerranée ;

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, dans sa rédaction applicable en l'espèce : « 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'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 : / 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. / 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. / Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié. / Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance. / 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. (...) » ;

qu'il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation prévoyait que l'offre économiquement la plus avantageuse serait appréciée en fonction du critère de la valeur technique, affecté d'un coefficient de pondération de 55% et du critère de la valeur prix, affecté d'un coefficient de 45% ; que le règlement de la consultation prévoyait également que la valeur prix de l'offre serait définie par nature de prestations, ou chapitres, chaque chapitre étant pondéré par un coefficient ; qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que, lorsqu'elle a procédé à l'analyse des offres, la commission d'appel d'offres a commis des erreurs dans l'application des coefficients de pondération fixés par le règlement de la consultation pour chaque chapitre ; qu'en conséquence, les notes des chapitres « travaux communs », « support », « réseau BTA », « branchement » et « éclairage public » ainsi que les notes globales attribuées à la société LEON BROUQUIER et à la société Forclum Méditerranée, déclarée attributaire du marché, après une inexacte application de ladite pondération, sont erronées ; que, par suite, le classement des offres, établi sur le fondement de ces notes globales erronées, est de même entaché d'irrégularité ; qu'il s'ensuit que l'analyse des offres ne peut être regardée comme ayant été menée dans des conditions régulières ; que les erreurs ainsi commises, qui sont susceptibles d'avoir lésé la société requérante, ne justifient cependant pas que la procédure de passation en cause soit reprise depuis l'origine ; qu'il y a lieu, en conséquence, d'annuler la décision par laquelle le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône a rejeté l'offre présentée par la société requérante pour l'attribution du lot n° 4 du marché et d'ordonner la reprise de la procédure au stade de l'analyse des offres ;

Considérant que si le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône présente des conclusions distinctes de celles présentées par la société requérante, il n'est pas au nombre des personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, dans cette mesure, ces conclusions ne peuvent qu'être rejetées ;

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 le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône et la société LEON BROUQUIER, qui ne sont pas dans la présente instance les parties perdantes, versent une somme sur leur fondement à la société Forclum Méditerranée ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La décision du 27 octobre 2011 par laquelle le syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône a rejeté l'offre de la société LEON BROUQUIER pour le lot n° 4 du marché de travaux de dissimulation des réseaux de distribution publique d'énergie électrique et des communications électroniques, années 2011-2015, zones géographiques des Bouches-du-Rhône est annulée.

Article 2 : Il est enjoint au syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône de reprendre la procédure de passation du marché au stade de l'analyse des offres.

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

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société LEON BROUQUIER, au syndicat mixte d'énergie du département des Bouches-du-Rhône et à la société Forclum Méditerranée.

Fait à Marseille, le 20 décembre 2011.

Le vice-président désigné,
Juge des référés,

signé

G. HERMITTE

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône 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 du présent jugement.

Pour expédition conforme,

Pour le greffier en chef,