

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANCY

N°0901484

SOCIETE ROCH SERVICE

Mme Wolf
Juge des référés

Audience du 25 août 2009
Lecture du 28 août 2009

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 6 août 2009, sous le n° 0901484, présentée pour la SOCIETE ROCH SERVICE, dont le siège social est situé 5 rue du Petit-Albi à Cergy-Pontoise (95800), représentée par son représentant légal en exercice, par Me Letellier ; la SOCIETE ROCH SERVICE demande au juge des référés :

- d'enjoindre à la direction interdépartementale des routes Est de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure de référé précontractuel ;
- d'annuler la procédure de passation du marché ;
- d'annuler la décision en date du 31 juillet 2009 rejetant son offre ;
- d'annuler la décision portant attribution du marché ;
- de condamner la direction interdépartementale des routes Est à lui verser la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la procédure a méconnu le principe de transparence ;
- les éléments d'appréciation de la valeur technique de l'offre étaient le schéma organisationnel du plan d'assurance qualité dit S.O.P.A.Q. et le mémoire technique, au regard de sa méthodologie, des précisions-innovation et du délai d'exécution ;
- ces notions sont floues et empruntées de subjectivité ;
- il n'était pas possible de savoir quels éléments méthodologiques étaient considérés comme déterminants ;
- la formulation « précisions-innovation » est énigmatique ;
- ces incertitudes concernent aussi le S.O.P.A.Q. qui ne comporte aucun élément d'appréciation, alors que la direction interdépartementale n'a fourni aucun cadre de réponse ;
- il est peu compréhensible que la méthodologie du mémoire technique puisse être notée 7,5 et le S.O.P.A.Q. sur 20 points alors que ces éléments sont redondants ;
- s'agissant du critère prix, la direction interdépartementale a mis en place une méthode de notation incompréhensible et entachée d'erreur de calcul, lui laissant une liberté de choix discrétionnaire ;
- par le jeu de la formule de notation, l'offre la moins-disante ne peut obtenir que la note maximum de 50 points alors que le règlement de consultation prévoit expressément que le critère de

prix est noté sur 60 points ;

- l'offre de l'attributaire n'est pas conforme et aurait dû être écartée ;
- le choix d'une offre non conforme constitue un manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence ;
- les offres devaient respecter le contenu de la note SETRA ;
- l'offre de l'attributaire ne respecte pas cette exigence ;
- l'attributaire n'était pas en mesure de fournir un document graphique de l'ouvrage contrôlé mesurant au dixième de millimètre le déplacement de l'ouvrage soumis à la force appliquée, la valeur du moment de flexion calculée selon le DTU P06-002 ou équivalent (en kN.m) de la force appliquée en kN et de la hauteur du point d'application de la force (en mètre), l'axe et son positionnement par rapport à la porte dans laquelle la force est appliquée ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 19 août 2009, présenté pour la Société Petitjean, par la SCP Colomes-Mathieu, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SOCIETE ROCH SERVICE à lui verser la somme de 1 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- aucune obligation n'imposait au pouvoir adjudicateur de fournir un cadre de réponse aux offres des candidats ;
- le mémoire technique, tel qu'il est défini par le règlement de consultation, permet au pouvoir adjudicateur de prendre connaissance, de manière objective, du contenu des opérations matérielles proposées ;
- elle a proposé son offre en co-traitance avec la société NORISKO, chargée des opérations de contrôle électrique, qui ont fait l'objet de sa part d'un mémoire technique ;
- il est inexact de soutenir que le S.O.P.A.Q. serait inadapté et redondant avec le mémoire technique ;
- la formule de notation est mathématique et donc objective ;
- elle s'applique à tous les candidats ;
- les prix sont d'autant plus comparables qu'ils ont été valorisés par les candidats pour les différentes prestations à l'unité ;
- les griefs de la requérante à son égard n'entrent pas dans les prévisions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, applicable uniquement aux cas de manquements aux obligations de publicité et mise en concurrence ;
- en tout état de cause, la note SETRA, selon ses propres termes n'a que valeur de recommandation, sans la portée obligatoire qui s'attache au DTU ;
- or le règlement de consultation prévoyait que le certificat de conformité à fournir est établi par référence au DTU ;
- le règlement prévoit que le procédé de contrôle de conformité mécanique doit respecter la note SETRA n° 125 de mars 2003 ou équivalent ;
- son offre présentait des garanties plus élevées que celles de la note SETRA et répondait à la condition d'équivalence ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 20 août 2009, présenté par le préfet de la Moselle, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SOCIETE ROCH SERVICE à lui verser la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- le CCTP fait référence à la notre SETRA ;
- le S.O.P.A.Q. et le mémoire technique ne sont pas redondants ;
- le S.O.P.A.Q. est une pièce contractuelle ;
- le contenu du mémoire technique est à l'appréciation du candidat ;
- la DIR EST a clairement précisé ses attentes et il est inexact d'affirmer que la procédure manquerait de transparence ;
- la pondération des critères 60/40 a été indiquée dans le règlement de consultation et respectée ;
- l'utilisation de la formule erronée est restée sans incidence sur le jugement du critère « prix » ;
- la formule de calcul du critère prix n'est pas illégale car elle tient compte des écarts de prix par rapport à la moyenne des offres ;
- elle est expliquée à l'article 4 du règlement de consultation et permet aux candidats de savoir la manière dont leur offre va être jugée ;
- le moyen tiré de la non-conformité de l'offre de l'attributaire ne peut être utilement soulevé dans le cadre du référé précontractuel ;
- en tout état de cause son offre était conforme ;
- à la note SETRA pouvait être substitué son équivalent, ainsi que le prévoient les documents de la consultation ;

Vu le mémoire enregistré le 24 août 2009, présenté pour la société Petitjean qui conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ; elle ajoute que :

- un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence n'est susceptible de donner lieu à référé précontractuel que si le requérant peut justifier que ses intérêts ont été lésés ;
- la requérante n'a pas justifié que tel fût le cas ;

Vu le mémoire enregistré le 25 août 2009, présenté pour la SOCIETE ROCH SERVICE qui conclut aux mêmes fins que sa requête et en outre à ce qu'il soit enjoint au pouvoir adjudicateur de produire le rapport d'analyse des offres et les procès-verbaux de la commission d'appel d'offres, par les mêmes moyens que ceux de sa requête ; elle ajoute que :

- ou son offre était non conforme et devait être écartée avant toute notation et classement, ou elle était conforme et devait être classée, notée et comparée avec les autres propositions ;
- en l'espèce la DIR EST a tout à la fois déclaré son offre incomplète et l'a notée ce qui est irrégulier ;
- sa proposition répondait aux attentes de la DIR EST en matière organisationnelle et de qualité et comprenait toutes les explications utiles sur son engagement, sur les produits qu'elle proposait, les méthodes employées, la rémunération envisagée ;
- en l'absence de cadre de réponse l'absence de S.O.P.A.Q. qui n'était pas utile à l'analyse technique et financière de l'offre ne pouvait lui être reprochée ;
- le motif exact de son éviction est imprécis, ce qui porte atteinte aux obligations de transparence et mise en concurrence ;
- en choisissant comme élément d'appréciation le S.O.P.A.Q., la DIR EST a violé l'article 53 du code des marchés, dès lors que cet élément n'est pas lié à l'objet du marché, que sa pondération est disproportionnée et ne pouvait déterminer le choix de l'offre ;
- la DIR EST n'explique toujours pas ses attentes en ce qui concerne le S.O.P.A.Q., ce qui permettait de rendre sa notation discriminatoire ;
- elle n'explique pas davantage les notions de « précision et innovation », qui constituaient un critère de notation du mémoire technique ;
- l'offre de la société Petitjean n'était pas conforme au règlement de consultation et son

acceptation constitue une atteinte aux règles de mise en concurrence qui peut être utilement invoquée ;

- la société Petitjean devait respecter la note SETRA de mars 2003 ou équivalent, ce qu'elle ne fait pas ;

- il serait en effet étonnant que puissent être regardées comme équivalentes des opérations de contrôles qui ne coïncident pas avec les éléments techniques de la note SETRA ;

- l'attestation d'accréditation selon la norme ISO/CEI EN 17025 : 2005 de la société REI-LUX ne peut être considérée comme constitutive d'une équivalence aux normes SETRA ;

- la référence à la norme SETRA 132 est inopérante, dès lors que le règlement de consultation imposait uniquement la norme SETRA 125, mais en toute hypothèse le procédé de la société Petitjean ne lui était pas non plus équivalent ;

Vu l'ordonnance en date du 7 août 2009, par laquelle le magistrat délégué a enjoint au directeur interdépartemental des routes Est de différer la signature du marché au plus tard jusqu'au 26 août 2009 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision en date du 29 juin 2009, par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Wolf, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé ;

Après avoir régulièrement convoqué les parties et entendu à l'audience publique du 25 août 2009 à 14 h 00 :

- le rapport de Mme Wolf, juge des référés,

- les observations de Me Letellier pour la SOCIETE ROCH SERVICE qui soutient que les éléments constitutifs du S.O.P.A.Q. figuraient dans son mémoire technique, que la DIR EST devait donc les noter, et qui se propose de les transmettre au Tribunal ;

- les observations de MM. Davrainville et Veillerette pour le préfet de la Moselle, qui soutiennent que le S.O.P.A.Q. est un document contractuel à la différence du mémoire technique ; qu'il est exclu que le pouvoir adjudicateur reconstitue à partir d'éléments de l'offre d'un candidat, un document que celui-ci n'a pas distinctement produit, alors que ce document devait faire l'objet d'une notation distincte ; que, pour autant, elle n'est pas opposée à ce que la SOCIETE ROCH SERVICE produise au Tribunal les éléments qui, selon elle, étaient au sein de son mémoire technique constitutif du S.O.P.A.Q. ; qu'elle n'a, au demeurant pas noté l'offre de la SOCIETE ROCH SERVICE, qui était irrégulière ;

- les observations de Me Colomes pour la société Petitjean ;

Après avoir différé la clôture de l'instruction au 27 août 2009 en application de l'article R.522-8 du code de justice administrative ;

Vu le mémoire complémentaire enregistré le 26 août 2009, présenté pour la SOCIETE ROCH SERVICE, qui conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens, ajoute que les éléments constitutifs du S.O.P.A.Q. se trouvaient dans son mémoire technique, et qu'il appartenait à la DIREST de les en extraire pour leur attribuer une note et produit lesdits éléments ;

Vu la pièce complémentaire enregistrée le 26 août 2009, présentée par le préfet de la Moselle en application de l'article R. 522-8 du code de justice administrative ;

Sur les conclusions fondées sur l'article L. 551-1 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 des marchés publics, des marchés mentionnés au 2° de l'article 24 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public. 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 » ; qu'en vertu de ces dispositions, 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 la direction interdépartementale des routes Est (DIR EST) a lancé en mars 2009 une procédure de consultation en vue de la passation d'un marché portant sur le contrôle de stabilité mécanique des mâts d'éclairage public pour le réseau routier de la DIR EST ; que la SOCIETE ROCH SERVICE, dont l'offre a été écartée faute qu'y ait été joint le schéma organisationnel du plan d'assurance qualité (S.O.P.A.Q.) et au motif qu'elle n'était pas la mieux disante demande l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation du marché, l'annulation de la décision en date du 31 juillet 2009, rejetant son offre et de la décision portant attribution du marché ;

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 83 du code des marchés publics : « Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre a été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre » ;

Considérant, d'une part, que par courrier en date du 26 août 2009, la DIR EST a communiqué à la SOCIETE ROCH SERVICE le motif du rejet de son offre ; que dès lors que celle-ci a été rejetée pour l'un des motifs mentionnés au III de l'article 53 du code des marchés, le pouvoir adjudicateur ne doit pas communiquer à la société requérante le rapport d'analyse des offres et les procès-verbaux de la commission d'appel d'offre ou du jury ; qu'il y a lieu, par suite, de constater qu'il n'y a pas lieu à statuer sur les conclusions de la requête tendant ce qu'il soit enjoint à la DIR EST de communiquer à la SOCIETE ROCH SERVICE les motifs détaillés de rejet de son offre, et de rejeter le surplus de sa demande présentée sur le fondement de l'article 83 du code des marchés publics ;

Considérant, d'autre part, que la SOCIETE ROCH SERVICE, qui avait déjà été informée par un courrier en date du 31 juillet 2009 que son offre avait été écartée au motif qu'elle n'avait pas joint à son dossier de candidature le S.O.P.A.Q., conteste précisément ce motif de refus de sa proposition ; que, par suite, elle n'est pas fondée à soutenir avoir été lésée par un manquement aux obligations découlant de l'article 83 du code des marchés publics ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « III. - Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue » ; qu'en application de l'article 35 du même code, est irrégulière une offre, qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ; que l'article 3. « Présentation des offres », du règlement de consultation exigeait que l'offre des candidats comprenne dans un sous dossier, distinctement le projet de marché incluant notamment le S.O.P.A.Q. et des documents explicatifs incluant notamment un mémoire technique explicitant en particulier les délais de réalisation pour minimiser les contraintes de la circulation, la forme et la structure de la base de données à transmettre à la maîtrise d'œuvre, l'organisation du chantier, les différentes phases d'intervention et la méthodologie utilisée ;

Considérant, d'une part, que le S.O.P.A.Q., qui est un document, remis par l'entreprise à l'appui de son offre décrivant les dispositions d'organisation et de contrôle qualité prévues pour le chantier ne fait pas double emploi avec le mémoire technique susmentionné ; que le S.O.P.A.Q. dont la SOCIETE ROCH SERVICE affirme elle-même qu'il a pour objet de permettre aux candidats « d'exposer leurs éléments organisationnels qualité comme bon leur semble » n'est pas une notion floue et empreinte d'une grande subjectivité de telle sorte que la DIR EST aurait dû annexer au règlement de consultation un document support à partir duquel les candidats auraient pu ou dû établir le S.O.P.A.Q. ; que la circonstance que le marché n'était pas un marché de travaux, mais de prestations consistant à contrôler la stabilité mécanique des mâts d'éclairage public du réseau routier de la DIR-EST, ne faisait pas du S.O.P.A.Q. un élément accessoire de l'offre dont la notation sur 20 points serait disproportionnée, voire un élément sans lien avec l'objet du marché ; que, par suite, la SOCIETE ROCH SERVICE n'est pas fondée à soutenir que son offre ne pouvait être écartée faute qu'elle ait fourni ce document avec son offre ;

Considérant, d'autre part, que le pouvoir adjudicateur ne pourrait, sans porter atteinte aux règles de mise en concurrence, reconstituer à partir des éléments figurant dans l'offre d'un candidat, un document qui devait y être distinctement annexé ; que, par suite, la SOCIETE ROCH SERVICE ne peut utilement soutenir que les informations pertinentes du schéma organisationnel du plan d'assurance qualité qu'elle devait fournir figuraient dans son mémoire technique ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est sans porter atteinte au principe de transparence que la DIR EST a, sans la noter, écarté son offre comme irrégulière ;

Considérant en troisième lieu que la SOCIETE ROCH SERVICE soutient que les critères du mémoire technique étaient imprécis, que la notation du critère prix n'était pas transparente et était de surcroît entachée d'une erreur matérielle, que la DIR EST ne peut, sans méconnaître les règles de concurrence attribuer le marché à la société Petitjean dont l'offre ne serait pas conforme au règlement de marché, dès lors qu'elle utilise un procédé différent de celui de la norme SETRA 125 ; que toutefois, la SOCIETE ROCH SERVICE n'a pu être lésée ou ne risque pas de l'être par les irrégularités alléguées dès lors que son offre, qui était irrégulière, ne devait pas être notée et n'était plus concurrente de celle de la société Petitjean ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la SOCIETE ROCH SERVICE n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché, ni celle de la décision du 31 juillet 2009 rejetant son offre et la décision portant attribution du marché ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que l'Etat qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamné à verser une somme au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce de condamner la SOCIETE ROCH SERVICE à verser une somme de 1 000 euros à la Société Petitjean et de rejeter les conclusions du préfet de la Moselle tendant à la condamnation de la SOCIETE ROCH SERVICE à verser à l'Etat une somme au titre des frais exposés dans l'instance ;

O R D O N N E

Article 1^{er} : La requête de la SOCIETE ROCH SERVICE est rejetée.

Article 2 : La SOCIETE ROCH SERVICE est condamnée à verser à la société Petitjean une somme de 1 000 euros (mille euros) en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions du préfet de la Moselle tendant à la condamnation de la SOCIETE ROCH SERVICE à lui verser une somme au titre des frais exposés et non compris dans les dépens sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE ROCH SERVICE, à la société Petitjean et au ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer.

Copie de la présente ordonnance sera adressée pour information au préfet de la Moselle, à Me Letellier et à la SCP Colomes-Mathieu.

Fait à Nancy, le 28 août 2009.

Le juge des référés,

A. WOLF

Le greffier,

G. DIDIER

La République mande et ordonne au ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer 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 conforme
Le greffier :

