

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE STRASBOURG**

N° 0901056

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Société EUROVIA ALSACE FRANCHE
COMTE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. EVEN
Juge des référés

Le Tribunal administratif de Strasbourg,

Ordonnance du 16 mars 2009

Le juge des référés

39-02

B

Vu la requête, enregistrée le 27 février puis le 4 mars 2009, présentée pour la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE, dont le siège social est situé 84 rue de l'Oberhardt à Colmar (68000), par Me Cadoz ; la SAS EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE demande au juge des référés du tribunal administratif :

- de suspendre provisoirement la procédure de passation du marché de travaux concernant « la mise en place de l'assainissement à Traubach-le-Haut et Traubach-le-Bas », lancée par le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas et faire en conséquence injonction audit syndicat de différer la signature du marché jusqu'à cette date ;
- d'enjoindre au syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas de communiquer dans le délai de quinze jours à la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE les motifs du rejet de son offre et de suspendre la passation du marché jusqu'à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de la date à laquelle il sera procédé à la communication par le syndicat intercommunal d'assainissement à la société EUROVIA ALSACE FRANCE COMTE des motifs de son éviction ;
- d'annuler la procédure d'appel d'offres contestée ;
- de condamner le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Haut et Traubach-le-Bas à lui payer la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du Code de Justice

Administrative ;

Elle soutient que le syndicat intercommunal a manqué à ses obligations de publicité et mise en concurrence ; qu'une méconnaissance de l'obligation de communication qui incombe à la personne responsable du marché constitue une atteinte à ces obligations dont il appartient au juge administratif saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative de connaître ; que le courrier du 16 février 2009 par lequel le syndicat intercommunal l'a informée du rejet de son offre garde le silence sur les motifs ; qu'il y a un défaut d'information sur les conditions de mise en œuvre des critères au stade de l'analyse de leur offre et manquement à l'obligation de transparence ; que c'est sur la base et au moyen d'une absence de définitions des conditions de mise en œuvre du critère de la valeur technique qu'une autre entreprise dont l'offre était nettement plus chère a pu être retenue ; qu'il n'était pas indiqué comment les offres seraient départagées entre elles en fonction des écarts susceptibles d'être constatés sur le prix ou sur les délais ; qu'elle a été lésée par ces irrégularités au sens de la jurisprudence SMIRGEOMES ;

Vu l'ordonnance du 27 février 2009 portant différé de signature dudit marché ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 5 puis le 6 mars 2009, présenté pour le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas, tendant au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser une somme de 5.000 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative ; Elle soutient que l'obligation d'indication des motifs du rejet de l'offre suppose une demande du candidat évincé conformément à l'article 83 du code des marchés publics ; qu'il a été répondu à cette demande du 20 février 2009 par courrier du 2 mars 2009 ; que s'agissant des conditions de mise en œuvre des critères au stade de l'analyse des offres les obligations nées de l'article 53 du code des marchés publics ont été respectées ; que seule la hiérarchisation des critères et leur pondération est imposée ; que les critères pondérés énoncés par le règlement de consultation sont suffisants ; qu'il n'appartient pas au tribunal administratif de se substituer à la commission pour l'appréciation des critères et le choix de l'attributaire ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 11 mars 2009, présenté pour la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE, tendant à l'annulation de la procédure d'appel d'offre contestée par les mêmes moyens que la requête et en outre par les moyens que l'absence de communication spontanée des motifs de rejet de son offre au moment de sa notification en violation de l'article 80 du code des marchés publics a privé la requérante d'arguments dont elle aurait pu se prévaloir au stade de sa requête introductive d'instance ; que la procédure suivie par le syndicat est entachée d'un défaut manifeste de transparence et d'objectivité ; que le syndicat a réduit l'analyse du contenu technique des offres au critère générique et généraliste dit de la valeur technique ; qu'il n'a pas indiqué comment chacun des éléments exigés allaient être pris en compte pour juger du contenu des offres, ni défini des modalités de mise en œuvre du critère de la valeur technique ; qu'aucun des éléments relatifs au contenu du mémoire technique exigé par l'article 3 du règlement de consultation n'est visé par la commission d'appel d'offres ; que c'est sur la base d'une erreur de calcul portant sur les critères prix et délais que la société SADE a remporté le marché ;

Vu les pièces produites pour le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas enregistrées le 12 mars 2009 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqué à une audience publique, la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE et le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas ;

Vu l'audience publique du 12 mars 2009 à 14 h 30 au cours de laquelle ont été entendus : :

- le rapport de M. Even, vice-président, juge des référés ;
- les observations de Me Cadoz, avocat au barreau de Lyon, pour la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE ;
- les observations de Me Grimal, avocat au barreau de Mulhouse, pour le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 13 mars 2009, présentée pour la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE, résumant l'argumentaire développé oralement lors de l'audience ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 13 mars 2009, présentée pour le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas, résumant l'argumentaire développé oralement lors de l'audience ;

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 (...) / 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 » ;

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 d'appel à la concurrence paru le 11 décembre 2008, le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie-Retzwiller-Wolfersdorf-Traubach-le-Bas a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché ayant pour objet « la pose de canalisations de la rue des Bergers à Traubach-le-Bas jusqu'à la rue Bréchaumont à Traubach-le-Haut ; que la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE, soumissionnaire, demande au juge du référé précontractuel, dans le dernier état de ses écritures, l'annulation de la procédure d'appel d'offre contestée ;

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 la société EUROVIA ALSACE FRANCE COMTE :

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 »... ;

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 oeuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en oeuvre 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 de pondération et des sous-critères pour les critères d'attribution 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 trois critères d'attribution des offres, à savoir la valeur technique, le prix et le délai d'exécution, et leurs coefficients de pondération, ont bien été déterminés au préalable et figurent à l'article 5 du règlement de consultation, le pouvoir adjudicateur a cependant déterminé six sous-critères pondérés concernant le critère technique, ainsi qu'un mode de calcul des critères relatifs au prix et au délai d'exécution, sans les avoir préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires ; qu'ainsi, le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie – Retzwiler - Wolfersdorf - Traubach-le-Bas doit être regardé comme ayant manqué aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombait ; qu'un tel manquement, qui est de nature à léser la société EUROVIA ALSACE FRANCE au stade de l'examen des offres, justifie l'annulation de la procédure de passation 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'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie – Retzwiler - Wolfersdorf - Traubach-le-

Bas une somme de 2.000 euros au titre des frais exposés par la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE non compris dans les dépens ; qu'en revanche, ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme que réclame le syndicat intercommunal au titre des frais de même nature exposés par lui ;

ORDONNE :

- Article 1er : La procédure de passation du marché relatif à la pose de canalisations de la rue des Bergers à Traubach-le-Bas jusqu'à la rue Bréchaumont à Traubach-le-Haut, lancée par le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie – Retzwiller - Wolfersdorf - Traubach-le-Bas, est annulée.
- Article 2 : Le syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie – Retzwiller - Wolfersdorf - Traubach-le-Bas est condamné à verser une somme de 2.000 euros à la société EUROVIA ALSACE FRANCHE sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.
- Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société EUROVIA ALSACE FRANCHE COMTE et au syndicat intercommunal d'assainissement de Dannemarie - Retzwiller-Wolfersdorf - Traubach-le-Bas.

Fait à Strasbourg, le 16 mars 2009.

Le juge des référés,

Le greffier,

B. EVEN

E. DA SILVA PINTO

La République mande et ordonne au Préfet du Haut-Rhin 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 copie conforme,
Le greffier,

E. DA SILVA PINTO