

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE STRASBOURG**

**N°1003146**

---

**SOCIETE ENERGEST**

---

M. Martinez  
Juge des référés

---

Ordonnance du 21 juillet 2010

---

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le Tribunal administratif ,

Le vice-président désigné,  
juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 2 juillet 2010, présentée pour la société ENERGEST, dont le siège est 5 place des Moulins à Strasbourg (67000), par Me Marcantoni ; la société ENERGEST demande au tribunal de :

- prononcer la nullité du marché conclu le 2 juin 2010 entre le ministère de la défense et la société MTO, dans le cadre d'une procédure d'appel restreint, relatif à l'exploitation et à l'entretien des installations de chauffage collectif, de climatisation, des VMC et de production d'eau chaude sanitaire au profit du 152<sup>e</sup> régiment d'infanterie de Colmar ;
- à défaut, prononcer la résiliation dudit marché à effet immédiat ;
- de condamner l'Etat à lui verser une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La requérante soutient que :

- la requête est recevable car la société requérante a un intérêt pour agir dès lors que son offre à été rejetée après que sa candidature a été officiellement admise ; le recours contractuel est ouvert dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a signé le contrat le 2 juin 2010 alors qu'un référé précontractuel avait été déposé le 1<sup>er</sup> juin 2010 ; le pouvoir adjudicateur n'ayant pas respecté la suspension de signature prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative, le recours contractuel est recevable ;
- le pouvoir adjudicateur a commis plusieurs manquements à ses obligations de publicité et de mise en concurrence préalables susceptibles d'avoir lésé la société requérante ;
- certains manquements concernent des irrégularités affectant la signature du marché ;
  - ° le fait pour le pouvoir adjudicateur de n'avoir pas respecté la suspension de signature prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative justifie l'annulation du marché ;
  - ° surtout, en application de l'article 80-I du code des marchés public, l'administration ne pouvait signer le marché avant un délai de 16 jours entre la date d'envoi de la notification de la lettre de rejet à tous les candidats non retenus et la conclusion du marché ; l'administration ne saurait se prévaloir de l'envoi par télécopie à la société requérante, dès lors qu'une télécopie ne constitue en aucun cas un moyen de transmission électronique au sens de l'arrêté du 28 août 2006 ; le signataire du marché n'est pas identifiable contrairement aux exigences de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 ;

- l'administration a méconnu l'article 10 du code des marchés publics dès lors qu'il y a contradiction entre les documents de la consultation s'agissant de l'allotissement du marché ; ainsi, l'avis de publicité mentionnait que le marché était global et non alloti alors qu'il ressort des pièces du dossier que le marché a fait l'objet d'un allotissement au stade de la sélection des offres ayant abouti à la passation de dix marchés différents correspondant à autant de sites à exploiter ; contrairement à l'article 40-V du code des marchés publics, l'avis de publicité au J.O.U.E. était erroné faute de mentionner l'allotissement ; en outre, contrairement à l'article 10 du code des marchés publics et au principe d'égalité de traitement entre les entreprises soumissionnaires, l'administration s'est bornée à examiner les candidatures de façon globale et n'a pas examiné les candidatures et les offres lot par lot ; l'information erronée dans les documents de consultation voire l'allotissement illégal sont de nature à avoir lésé la requérante, laquelle aurait pu formaliser son offre pour l'ensemble des sites, comme initialement prévu dans l'avis de publicité, afin de mutualiser ses moyens en matériels et ses équipes et *in fine* de baisser ses propositions tarifaires ;
- il y a eu violation des dispositions des articles 5 et 53-1 du code des marchés publics car l'administration ne pouvait retenir comme seul critère de choix celui du prix, compte tenu notamment de l'objet du contrat, de la complexité des prestations sollicitées et des imprécisions affectant les documents contractuels, qui exigeaient en particulier le recours au critère de la « valeur technique » ;
- il y a eu violation des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics car l'offre de la société MTO, qui prévoit le paiement d'un forfait un tiers moins élevé que celui prévu au précédent marché, est anormalement basse ;

Vu, enregistré le 12 juillet 2010, le mémoire en défense présenté par le ministre de la défense ; le ministre conclut au rejet de la requête ;

Il soutient que :

- que la requête est irrecevable, dès lors que la requérante a déjà fait usage du référé précontractuel et qu'elle ne peut pas soutenir que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu la suspension prévue à l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; en effet, cette suspension ne pouvait être effective, faute pour la requérante d'avoir satisfait à l'obligation de notifier ledit recours conformément aux dispositions de l'article R. 551-1 du code de justice administrative ; au demeurant, à l'instar du contentieux de l'urbanisme, l'absence de notification du recours entraîne l'irrecevabilité des requêtes formées par l'intéressée, et notamment du référé précontractuel ;
- à titre principal, aucun des moyens invoqués ne se rattache aux irrégularités visées à l'article L. 551-8 du code de justice administrative de nature à entraîner la nullité du contrat ;
- à titre subsidiaire, les manquements invoqués par la requérante ne sont pas établis et ne sont pas de nature à l'avoir lésée ;
- le pouvoir adjudicateur n'ayant pas été informé de l'existence d'un référé précontractuel du fait de la carence de la requérante, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le non-respect de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du juge du référé précontractuel constituerait un manquement aux obligations de mise en concurrence ; dès lors que par transmission électronique, il faut entendre «un télécopieur ou un moyen électronique», c'est bien au terme d'un délai de 11 jours, et non de 16 jours comme le prétend la requérante, que le pouvoir adjudicateur pouvait signer le marché ; le moyen tiré du défaut de signature lisible sur le contrat est inopérant car il n'appartient pas au juge du référé de la validité de signature du marché et en tout état de cause manque en fait, comme l'attestent les mentions portées sur l'acte d'engagement ;

- le moyen tiré de la violation de l'article 10 du code des marchés publics s'agissant de l'allotissement du marché est inopérant ; la requérante aurait dû soit s'informer auprès du pouvoir adjudicateur en cas de doute sur les mentions de l'avis de marché ou invoquer l'erreur entachant l'avis dès la réception du règlement de consultation le 4 mars 2010 et en tout cas sans attendre le rejet de ses offres ; la requérante n'a pas été lésée car elle n'ignorait pas l'allotissement du marché qui était annoncé par les mentions mêmes de l'avis de marché, qui indiquait des « consultations distinctes » à propos du lieu d'exécution du marché ; surtout, la société requérante a elle-même expressément mentionné que sa déclaration de candidature portait sur six des douze sites concernés et a répondu en toute connaissance de cause en présentant une offre pour chacun des lots qui l'intéressaient ; la passation d'un marché en lots séparés étant destinée à susciter la plus large concurrence, c'est plutôt l'absence d'allotissement qui aurait pu être contesté par le candidat évincé ; en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a examiné chaque candidature au regard de chaque lot mais n'avait pas souhaité demander à chaque candidat de fournir un exemplaire du dossier de candidature par lot, les conditions de participation étant identiques pour tous les lots ;
- le moyen tiré de la violation de l'article 5 du code des marchés publics est également inopérant dès lors que la société aurait dû dès la publication de l'avis de marché contester le critère du prix retenu et saisir le tribunal dès réception du règlement de consultation sans attendre le rejet de son offre ; la requérante n'a jamais contesté le règlement de consultation et a en tout état de cause pu présenter une offre en connaissant le critère retenu ; eu égard à son objet, le contrat litigieux ne présente pas une complexité particulière justifiant le recours à d'autres critères que celui tiré du prix ;
- le moyen tiré du caractère anormalement bas de l'offre proposée par la société retenue par l'administration n'est pas établi ;
- l'annulation du contrat ou sa résiliation aurait des conséquences négatives sur les personnels et matériels concernés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu le code des marchés publics ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- la société ENERGEST ;
- le ministre de la défense ;
- la société MTO ;

Vu l'audience publique du 13 juillet 2010 à 14 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Martinez, juge des référés ;
- Me Marcantoni, représentant la société ENERGEST ;

Après avoir prononcé à l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction ;

Considérant que par avis de publicité publié le 23 décembre 2009 au Journal officiel de l'Union européenne, le ministre de la défense, représenté par la direction du commissariat de la région Terre Nord-Est, sise à Metz, a lancé une consultation dans le cadre d'une procédure d'appel restreint en vue de l'attribution d'un marché relatif à l'exploitation et à l'entretien des installations de chauffage collectif, de climatisation, des VMC et de production d'eau chaude sanitaire au profit du 152<sup>e</sup> régiment d'infanterie de Colmar ; que le marché a été signé le 2 juin 2010 avec la société MTO - Groupe Atalian ; que la société ENERGEST dont l'offre, classée en deuxième position, a été rejetée par décision du 21 mai 2010, a saisi le Tribunal administratif de Strasbourg d'un recours en référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que par une ordonnance du 17 juin 2010, le juge des référés a considéré que dès lors que la signature du marché litigieux est intervenue postérieurement à l'introduction de la requête, ladite signature a privé d'objet la requête présentée devant le juge du référé précontractuel et a prononcé un non-lieu à statuer ; que par la présente requête enregistrée le 2 juillet 2010, la société ENERGEST demande désormais au juge du référé contractuel saisi sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, de prononcer la nullité du marché ou à défaut sa résiliation ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées par le ministre de la défense :

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : «Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section»; qu'aux termes de l'article L. 551-4 du même code: «Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local (...)); qu'aux termes de l'article L. 551-18 du même code: «Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. (...) Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat »; qu'aux termes de l'article L. 551-19 du même code : «Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. (...)); qu'aux termes de l'article L. 551-20 du code : «Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière.» ;

Sur les manquements concernant des irrégularités affectant la signature du marché ;

Considérant qu'aux termes de l'article L551-4, issu de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009, relatif au référé précontractuel : «Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.» ; qu'aux termes de l'article R. 551-1 du code de justice administrative, «Le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. Cette notification doit être faite en même temps que le dépôt du recours et selon les mêmes modalités.» ; qu'il résulte de ces dispositions combinées que la formalité de notification imposée à l'auteur du recours précontractuel, qui n'est pas prescrite à peine d'irrecevabilité dudit recours, a pour objet de faire obstacle à la signature du contrat litigieux pendant la période de suspension telle que définie par lesdites dispositions ;

Considérant, en premier lieu, que la requérante soutient que l'administration n'a pas respecté la suspension de signature prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative, dès lors que le contrat a été signé le 2 juin 2010 alors que le tribunal avait été saisi par ses soins, par une requête enregistrée au greffe du tribunal de céans le 1<sup>er</sup> juin 2010 ; que cependant il est constant que la société requérante n'a pas satisfait à l'obligation, qui pesait sur elle, de notifier au pouvoir adjudicateur son recours précontractuel dans les conditions prévues par l'article R. 551-1 précité, soit concomitamment au dépôt de ce recours ; que, par ailleurs, s'il est vrai que le contrat a été signé postérieurement à l'introduction du recours précontractuel, obligeant ainsi le juge des référés à prononcer un non-lieu à statuer, il n'est pas établi que l'administration, qui n'a été informée du recours précontractuel que par une lettre du greffe du tribunal du 2 juin 2010 reçue le 7 juin suivant, aurait par une manœuvre dolosive signé le contrat aux seules fins de priver la requérante de son droit à former un recours précontractuel effectif ; que dans ces circonstances, la société requérante ne saurait valablement se prévaloir de la prétendue irrégularité liée à la violation du délai de suspension résultant de la saisine du juge du référé précontractuel pour demander l'annulation ou la résiliation du marché en vertu des dispositions des articles L. 551-18 et L. 551-20 précités du code de justice administrative ;

Considérant en second lieu que la requérante fait valoir qu'en application de l'article 80-I du code des marchés public, l'administration ne pouvait signer le marché avant un délai de 16 jours entre la date d'envoi de la notification de la lettre de rejet à tous les candidats non retenus et la conclusion du marché ;

Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics : « I.-1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une procédure formalisée autre que celle prévue au II de l'article 35, le pouvoir adjudicateur, dès qu'il a fait son choix pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats le rejet de leur candidature ou de leur offre, en leur indiquant les motifs de ce rejet. Cette notification précise le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre aux candidats ayant soumis une offre et à ceux n'ayant pas encore eu communication du rejet de leur candidature. Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux alinéas précédents et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés. La notification de l'attribution du marché ou de l'accord-cadre comporte l'indication de la durée du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur s'impose, eu égard notamment au mode de transmission retenu. » ;

Considérant que la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, qui modifie la directive 89/665 du Conseil applicable au marché litigieux, insère un article 2 bis, selon lequel « la conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un marché ... ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution du marché a été envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés si un télécopieur ou un moyen électronique est utilisé ou , si d'autres moyen de communication sont utilisés, avant l'expiration d'en délai d'au moins quinze jours calendaires à compter du lendemain où la décision d'attribution du marché est envoyée aux soumissionnaires et candidats concernés, ou d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de la réception de la décision d'attribution du marché » ; qu'il résulte expressément de cette disposition, corroborée par les articles 1<sup>er</sup> et 2 quater issus de la directive 2007/66/CE, que le délai de suspension de seize jours peut être ramené à onze jours lorsque le pouvoir adjudicateur utilise un télécopieur ou un moyen électronique comme mode de communication de la décision d'attribution du marché et de rejet d'une offre ;

Considérant que contrairement à ce que soutient la requérante, les dispositions de l'article 80-I précitées du code des marchés publics, qui doivent nécessairement être interprétées dans le sens de leur compatibilité avec les objectifs fixés par la directive susmentionnée qu'elles ont pour objet de transposer, ne sauraient être regardées comme ayant exclu le recours au télécopieur comme mode de transmission d'une décision d'attribution du marché ; que les dispositions de l'arrêté du 28 août 2006, pris pour l'application de l'article 56 du code des marchés publics, qui sont relatives à la dématérialisation des procédure de passation des marchés publics formalisés, ne sauraient pas davantage être utilement invoquées pour faire obstacle à la mise en œuvre de la directive précitée ; qu'il s'ensuit que l'administration a pu à bon droit considérer, en l'espèce, que dès lors que les candidats concernés avaient été avisés par télécopie du rejet de leur offre, le délai visé à l'article 80-I précité pouvait être ramené de seize à onze jours ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction, et qu'il n'est pas contesté, que la lettre du 21 mai 2010, dite « décision d'attribution du marché », par laquelle l'administration a informé la société requérante du rejet de son offre a été adressée à ladite société par télécopie le même jour ; qu'ainsi en signant le marché litigieux le 2 juin 2010, le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu le délai de suspension exigé après l'information des candidats non retenus ; que par suite, sans même qu'il soit besoin de vérifier si la prétendue irrégularité aurait pu en l'espèce affecter les chances de la requérante d'obtenir le contrat, celle-ci ne saurait soutenir qu'elle se trouve dans le cas de nullité du marché visé à l'article L. 551-18 du code de justice administrative précité ; qu'en outre, sans même qu'il soit besoin de vérifier si la prétendue irrégularité aurait été en l'espèce susceptible d'avoir lésé la société requérante, celle-ci n'est pas non plus fondée à soutenir qu'elle se trouve dans le cas visé à l'article L. 551-20 du même code où le juge du référé contractuel peut résilier le marché ;

Considérant en troisième lieu, qu'il n'appartient pas au juge du référé contractuel d'apprécier la validité de la signature du marché au regard des exigences de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leur relations avec les administrations ; que dès lors le moyen tiré du défaut de signature lisible sur le contrat, qui en tout état de cause manque en fait, comme l'attestent les mentions portées sur l'acte d'engagement, ne peut qu'être écarté ;

Sur la méconnaissance des dispositions de l'article 10 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 10 du code des marchés publics : « Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. ... » ; qu'aux termes de l'article 40 du code des marchés publics : « V. – (...) Les avis d'appel public à la concurrence mentionnés au (...) 1° du IV sont établis conformément au modèle fixé par arrêté du ministre chargé de l'économie. ... » ; qu'aux termes de l'article 3 de l'arrêté du 28 août 2006 : « I. - Les (...) avis d'appel public à la concurrence (...) envoyés pour publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (...) sont rédigés selon les modèles d'avis fixés par le règlement (CE) n° 1564/2005 (...) » ;

Considérant, en premier lieu, que la requérante fait valoir que l'avis d'appel public à la concurrence mentionnait que le marché était global et non alloti alors qu'il ressort des pièces du dossier que le marché a fait l'objet d'un allotissement au stade de la sélection des offres ayant abouti à la passation de dix marchés différents correspondant à autant de sites à exploiter ; qu'elle en infère que l'avis de publicité est contraire aux dispositions de l'article 40-V du code des marchés publics et que l'administration a méconnu l'article 10 du code des marchés publics dans la mesure où elle s'est bornée à examiner les candidatures de façon globale et n'a pas examiné les candidatures et les offres lot par lot ;

Considérant d'une part que, s'il est vrai que l'avis de marché mentionne dans la rubrique VI 3 que « les sociétés préciseront dans leur dossier le lieu d'exécution pour lequel elles se portent candidate » et que « ces prestations font l'objet de consultations distinctes », l'indication erronée portée dans la rubrique II.1.8 selon laquelle le marché n'est pas divisé en lots n'est pas, comme le prétend le ministre en défense, une simple erreur matérielle, mais est susceptible le cas échéant, s'agissant de la mention obligatoire de l'allotissement, dont il n'est pas contesté qu'elle est applicable à l'avis de marché litigieux, de constituer une irrégularité au regard des exigences posées par les articles 40-V et 60 du code des marchés publics et partant une violation des obligations de publicité et de mise en concurrence dans la mesure où elle est de nature à influencer le choix des entreprises qui envisagent de concourir ;

Considérant toutefois qu'en admettant même qu'il appartient à l'office du juge du référé contractuel, notamment lorsqu'il est saisi par un requérant ayant été privé de la faculté de former utilement un référé précontractuel du fait du pouvoir adjudicateur, de se prononcer sur les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence invoqués par l'auteur du recours en dehors des cas ou manquements limitativement énumérés par les dispositions précitées du code de justice administrative, il incombe alors à celui-ci de vérifier si les manquements, 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, en l'espèce, d'une part qu'il est constant que la candidature de la requérante a été admise ; que d'autre part celle-ci a disposé du dossier de consultation des entreprises comportant l'ensemble des précisions nécessaires et qui incluait notamment un règlement de consultation par lots ; qu'elle a pu en conséquence présenter régulièrement et utilement une offre correspondant à l'objet du marché, laquelle a été rejetée au motif qu'elle était «techniquement conforme mais d'un montant financier plus élevé» que celle retenue ; qu'en se bornant à alléguer sans autre précision qu'elle aurait pu procéder à une «mutualisation» de ses moyens, la société requérante n'établit pas que l'irrégularité dont s'agit aurait pu avoir une incidence sur l'élaboration de son offre ; qu'il ne résulte ainsi pas de l'instruction que la société requérante soit susceptible d'avoir été lésée par l'irrégularité ainsi invoquée, laquelle se rapporte à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre ; que, par suite, en l'espèce, le moyen tiré de l'absence de renseignements sur l'allotissement au sein de l'avis de marché ne peut être utilement invoqué à l'appui de la requête ;

Considérant, d'autre part, que pour les mêmes motifs que ceux précédemment énoncés, la société requérante, dont la candidature a été retenue à propos de chacun des sites qui l'intéressait et qui a pu présenter en connaissance de cause une offre correspondant à chacun des lots revendiqué, ne saurait utilement se prévaloir de ce que l'administration n'a pas exigé que chaque candidat fournisse un exemplaire de dossier de candidature par lot pour lequel il avait l'intention de présenter une offre ;

Considérant en second lieu qu'en admettant même qu'il appartient à l'office du juge du référé contractuel de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant d'une méconnaissance des dispositions de l'article 10 précité, s'agissant de la définition du nombre et de la consistance des lots, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur, compte tenu de la liberté de choix qui lui est reconnue à ce titre ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'allotissement mis en œuvre par le pouvoir adjudicateur soit, compte tenu de la nature des prestations et de l'objet du marché, entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ; que dès lors, et en tout état de cause, le moyen ne peut qu'être écarté ;

#### Sur le moyen tiré de la violation de l'article 53 du code des marchés publics :

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 la requérante soutient que l'administration ne pouvait retenir comme seul critère de choix celui du prix, compte tenu notamment de l'objet du contrat, de la complexité des



prestations sollicitées et des imprécisions affectant les documents contractuels, qui exigeaient en particulier le recours au critère de la « valeur technique » ; que toutefois, ainsi qu'il a été dit plus haut, la société ENERGEST, qui était informée dès la publication de l'avis de marché du critère d'attribution fondé exclusivement sur le prix le plus bas, a présenté une offre en connaissance de cause conformément aux prescriptions du règlement de consultation concernant le critère du prix ; qu'en tout état de cause il ne résulte pas de l'instruction que compte tenu des caractéristiques du marché ; qui ne présente pas une complexité technique particulière, le choix du seul critère du prix constitue une méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence ; que par suite, sans même qu'il soit besoin d'examiner le caractère opérant du moyen invoqué au regard de l'office du juge du référé contractuel, ledit moyen ne peut qu'être écarté ;

Sur la méconnaissance des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics :

Considérant qu'aux termes de l'article 55 du code des marchés publics : «Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. ...» ;

Considérant que la société ENERGEST, fait valoir que l'offre présentée par la Société MTO était anormalement basse et que l'administration était tenue à tout le moins d'enclencher la procédure de vérification prévue à l'article 55 précité ; que toutefois, eu égard notamment à la modification du périmètre du marché litigieux résultant la politique de restructuration des sites engagée par le ministère de la défense et compte tenu du faible écart de prix, d'environ 10%, constatés entre le prix de l'offre classée en première position et celui de la société requérante, la seule circonstance que l'offre retenue soit inférieure à celui des précédents marchés passés depuis 2000 et inférieur d'un tiers au précédent marché détenu par la requérante elle-même, ne suffit pas à établir une méconnaissance, de la part du pouvoir adjudicateur, des règles de publicité ou de mise en concurrence ; que les justificatifs apportés par la société requérante, notamment à propos des prestations d'analyse de la légionnelle, ne sont pas non plus de nature à établir que l'offre retenue était anormalement basse ou suspecte au point d'entraîner la mise en œuvre de la procédure de vérification visée à l'article 55 précité ; que dès lors, en admettant même qu'il entre dans l'office du juge du référé contractuel d'examiner si le marché n'a pas été attribué à un candidat dont l'offre n'était pas conforme ou était anormalement basse dans des conditions révélant un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence, le moyen soulevé par la société ENERGEST doit, en tout état de cause , être écarté ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation et de résiliation du marché présentées par la société ENERGEST sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative doivent être rejetées, ainsi que par voie de conséquence ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

**ORDONNE**

Article 1er : La requête susvisée de la société ENERGEST est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la société ENERGEST, au ministre de la défense et à la société MTO - Groupe Atalian.

Fait à Strasbourg, le 21 juillet 2010.

Le vice-président désigné,  
juge des référés

Le greffier,

J. MARTINEZ

E. DA SILVA PINTO

La République mande et ordonne au Préfet du Bas-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