

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON**

N° 1002547

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**M. Veyer
Juge des référés**

Le Tribunal administratif de Toulon,

Ordonnance du 18 novembre 2010

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 8 octobre 2010, sous le numéro 1002547, présentée pour la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE, dont le siège est ZAC de la Poulasse, 6 rue de Bruxelles à Solliès Pont (83210), représentée par son président directeur général en exercice, par Me Ringlé, avocat ;

La SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE demande au Tribunal, en application de l'article L. 551-5 et suivants du code de justice administrative :

- d'enjoindre à la Communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée de reprendre la procédure de consultation conforme aux exigences de la commande publique, au vu des critères définis dans les documents de consultation ;
- de suspendre la passation du contrat et de toute décision s'y rapportant ;
- de dire que le respect par la Communauté d'agglomération de chaque poste de condamnation à venir sera assuré par une astreinte de 5 000 euros par jour de retard ;
- de condamner la Communauté d'agglomération au paiement de 5 000 euros au titre des frais irrépétibles ;

La SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE expose que par une ordonnance du 19 août 2010, rendue sur sa requête, le juge des référés du Tribunal administratif de Toulon a enjoint à la Communauté d'agglomération Toulon Provence Méditerranée de reprendre la procédure de passation du marché de la requalification de l'avenue Sainte Claire Deville, au stade de l'examen des offres par la commission d'appel d'offre ;

La SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE soutient que l'ordonnance du 19 août 2010 a été exécutée de façon incomplète et irrégulière, la seule modification apportée ayant consisté à ajouter un 10^{ème} de point à la notation sur le critère de la valeur technique et que la notation du groupement adjudicataire est identique à la notation initiale, faisant ainsi état de la réponse à la demande de précision du 3 juin 2010 ayant conduit à l'injonction de reprendre la procédure de passation du marché ; que l'article 59 I du code des marchés public est violé ; que la question posée par la Communauté d'agglomération révèle que le groupement adjudicataire a proposé un phasage des travaux différent de celui prévu par la consultation, consistant en une variante du marché, interdits ; que l'entité adjudicatrice a méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence, prévues aux articles 161, 59 et 53 du code des

marchés publics, en omettant de publier les sous-critères de sélection des offres dans les avis de publicité en ajoutant de nouveaux critères de sélection des offres à ceux publiés et en appliquant les critères retenus de façon arbitraire et discriminatoire, comme il avait été soutenu précédemment ; que le règlement de consultation a prévu trois critères pondérés ; que le même règlement expose les points sur lesquels la valeur technique sera appréciée ; que le prix est pondéré à 40 %, les délais d'exécution à 20 % et la valeur technique à 40 % ; que la requérante, qui était initialement devancée par le groupement adjudicataire de 0,198 point, ne l'est plus que de 0,038 point, différence uniquement justifiée par l'appréciation de la valeur technique ; qu'elle est classée première en ce qui concerne le prix et en ce qui concerne les délais d'exécution, mais qu'elle a été mal classée en ce qui concerne la valeur technique ; que les commentaires et notations du critère de la valeur technique révèlent des différences de traitement inexplicables entre les candidats, ainsi que l'établit l'examen des 5 points d'appréciation de la valeur technique ; que c'est à tort que l'entité adjudicatrice reproche à la requérante de ne pas avoir renseigné la mention le bureau d'étude et le matériel de CAO/DAO ainsi que la provenance des matériaux ou des bordures, ce qui constitue des critères ajoutés ; que l'appréciation du principe général des commandes n'avait pas à être appréciée dans le mérite de l'offre ; qu'un marché strictement semblable au présent marché a conduit à des appréciations très différentes ; que les obligations de publicité ont été méconnues ;

Vu le mémoire enregistré le 27 octobre 2010 présenté pour le groupement SVCR / Zattera-Durbano par la SCP Charrel et Associés et tendant au rejet de la requête et à la condamnation de la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE à lui verser une somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le groupement soutient que la Communauté d'agglomération s'est interrogée sur la faisabilité de la solution présentée dans son offre et que la réponse a été donnée par une note technique de calcul de structure précisant la résistance de la chaussée provisoire et que cette réponse ne peut pas être assimilée à une variante ou une modification substantielle de l'offre ; que la notation des offres a été modifiée pour tenir compte des motifs de l'ordonnance du 19 août 2010 du juge des référés ; que le point 2, concernant les moyens humains et matériels du critère de la valeur technique, figurait effectivement au nombre des critères d'appréciation, auquel la société requérante avait présenté des éléments d'appréciation ne mentionnant pas le bureau d'études et le matériel CAO/DAO affectés au chantier ; que la circonstance qu'un marché strictement semblable au présent marché a conduit à des appréciations très différentes, n'est pas utilement invocable ;

Vu, enregistré le 27 octobre 2010, le mémoire présenté pour la Communauté d'agglomération de Toulon Provence Méditerranée par la SCP Charrel et Associés et tendant au rejet de la requête et à la condamnation de la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE à lui verser une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La Communauté d'agglomération expose que les travaux de requalification de l'avenue Sainte Claire Deville, ont comporté un lot n° 1 de « voiries, réseaux divers, signalisation, mur de clôture et de soutènement » ; que 3 candidats ont présenté des offres et que par courrier du 13 juillet 2010, l'offre de la société Eurovia Méditerranée a été rejetée ; que, saisi par cette société, le juge du référé pré-contractuel a, par ordonnance du 19 août 2010, enjoint à la Communauté d'agglomération de reprendre la procédure de passation du marché au stade de l'examen des offres par la commission d'appel d'offre ; que le juge s'est fondé, pour estimer qu'un manquement au respect du principe d'égalité des candidats et de transparence de la procédure avait été commis, d'une part, sur la prise en compte par la commission d'appel d'offres de précisions apportées à sa demande par le groupement adjudicataire et, d'autre part,

sur la prise en considération de la proposition d'une aire de stockage, alors que cet élément présentait un caractère facultatif ; que la Communauté d'agglomération a procédé à une nouvelle analyse des offres qui a abouti à écarter l'offre de la société Eurovia Méditerranée ;

La Communauté d'agglomération fait valoir que l'ordonnance du 19 août 2010 a été totalement exécutée par un nouvel examen des offres, notamment sur le critère technique et l'appréciation du phasage proposé ; que la requérante ne justifie d'aucun préjudice ; que la demande de précision adressée au groupement adjudicataire n'a pas été de nature à causer un préjudice à la requérante et n'est pas par elle-même de nature à fausser l'égalité d'accès et de concurrence au marché public ; que la variante alléguée n'est pas établie ; qu'aucun sous-critère non révélé n'a été pris en considération, ceux-ci figurant au règlement de consultation et n'ayant pas l'obligation d'annoncer la méthode de notation des sous-éléments ; que l'analyse des offres au regard du critère « valeur technique » est dénuée d'erreur d'appréciation ; que c'est à juste titre que la société requérante a été sanctionnée de 0,25 points en l'absence d'indication de la provenance des granits des bordures de trottoirs ; que les obligations de publicité n'ont pas été méconnues en l'absence d'indication de la méthode de notation, qui n'est pas une obligation ;

Vu, enregistré le 27 octobre 2010, le mémoire présenté pour le groupement SVCR / Zattera-Durbano, tendant aux mêmes fins que ses précédentes écritures ;

Le groupement soutient que la solution technique retenue pour le phasage des travaux, conforme CCTP, a justifié une demande de précision ; que l'appréciation des moyens humains et matériels a, à juste titre, retenu que la société requérante n'avait pas mentionné dans son offre le bureau d'études et le matériel CAO/DAO ; que sur le critère de validation des commandes, il est vain de se référer à un autre marché public de même nature ;

Vu, enregistré le 28 octobre 2010, le mémoire présenté pour la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE, tendant aux mêmes fins que sa requête, par les mêmes moyens et en outre qu'elle avait renseigné, au moins partiellement, dans son offre la procédure de validation des commandes, estimée non renseigné par la commission d'appel d'offre ; quelle a fait l'objet d'une notation discriminatoire ;

Vu, enregistré le 5 novembre 2010, le présent pour la Communauté d'agglomération de Toulon Provence Méditerranée, tendant aux mêmes fins que ses précédentes écritures, par les mêmes moyens ;

Vu, enregistré le 5 novembre 2010, le mémoire présenté pour la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE, tendant aux mêmes fins que sa requête, par les mêmes moyens

Vu la décision par laquelle le président du Tribunal a désigné M. Veyer, vice-président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 28 octobre 2010 à 15 h, présenté son rapport, entendu les observations de Me Ringlé, représentant la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE et Me Soulet représentant de la Communauté d'agglomération de TPM et du groupement SVCR / Zattera-Durbano ;

Le juge des référés a estimé nécessaire de demander la production du tableau récapitulatif et du rapport d'analyse de l'examen des offres, objet du présent litige et a demandé aux parties de le produire entre elles et de le déposer au greffe avant une nouvelle audience ;

Après avoir, au cours de l'audience publique du 5 novembre 2010 à 9 h, présenté son rapport, entendu les observations de Me Ringlé, représentant la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE et Me Soulet représentant de la Communauté d'agglomération de Toulon Provence Méditerranée et du groupement SVCR / Zattera-Durbano, qui demande de rejeter la requête en raison de l'intérêt public qui s'attache à la réalisation rapide des travaux ;

Considérant que l'article L. 551-5 du code de justice administrative dispose : « 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 entités adjudicatrices 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. 551-6 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. (...) » ; qu'enfin, l'article L. 551-8 de ce code prévoit que : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. » ;

Considérant que la Communauté d'agglomération de Toulon Provence Méditerranée, en sa qualité d'entité adjudicatrice au sens des dispositions combinées de l'article 134 du code des marchés publics et du 2° de l'article 135 du même code, a lancé sur le fondement des articles 160 et 161 du code des marchés publics un appel d'offres ouvert en vue de la réalisation des travaux de requalification de l'avenue Sainte-Claire Deville dans le cadre du projet de transport en site propre entrepris par la ville de Toulon ; que la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE, qui était candidate à l'attribution du lot n° 1 lequel consistait en la réalisation de voirie, de réseaux divers, de mur de clôture et de soutènement et dont la candidature n'a pas été retenue demande, à la suite de l'ordonnance du 19 août 2010 par laquelle le juge des référés a enjoint à la Communauté d'agglomération de reprendre la procédure de passation de ce marché public, sur le fondement des articles L. 551-5 et suivants du code de justice administrative au juge des référés précontractuels, d'enjoindre à la Communauté d'agglomération de reprendre la procédure de consultation conforme aux exigences de la commande publique, au vu des critères définis dans les documents de consultation, de suspendre la passation du contrat et de toute décision s'y rapportant, de dire que le respect par la Communauté de chaque poste de condamnation à venir sera assuré par une astreinte de 5 000 euros par jour de retard et de condamner la Communauté d'agglomération au paiement de la somme 5 000 euros au titre des frais irrépétibles ;

Sur la demande de reprise de la consultation :

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 ... » ; qu'aux termes de l'article 59 du même code : « I. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. II. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres. Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article. Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80. Le marché est notifié et un avis d'attribution est publié » ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment du tableau de calcul de la note N2 destiné à apprécier le mérite des offres au regard de la valeur technique de celles-ci que ce tableau comportait des sous-critères, dénommés points 1 à 5, notés sur 2 points, divisés sous-sous-critères, lesquels étaient eux-mêmes divisés en éléments d'appréciation au nombre variant de 2 à 8, chacun affecté d'une pondération variant de 0,100 à 0,600 point ; que le règlement de la consultation ne mentionne, pour l'appréciation de la valeur technique, que la notation accordée aux 5 points fixée à 2 chacun ; qu'ainsi, en se fondant sur des éléments d'appréciation dont la notation variait de 0,100 à 0,600 point, qui n'étaient pas connus des candidats, et en retenant pour ces éléments d'appréciation des insuffisances de renseignement, notamment en ce qui concerne la mention du matériel CAO / DAO, la provenance des principales fournitures et la procédure de validation des commandes, la Communauté d'agglomération a utilisé des critères discriminants non publiés de nature à méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du marché ;

Considérant qu'il est constant que l'écart pondéré global de 0,038 est inférieur à l'écart qui était susceptible d'être constaté entre les deux offres si aucun manquement aux règles de mise en concurrence n'était relevé ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens présentés, il y a lieu d'enjoindre à la Communauté d'Agglomération de Toulon Provence Méditerranée de reprendre la procédure de passation du marché public en cause au stade de l'examen des offres par la commission d'appel d'offres ; que la présente injonction n'est pas assortie d'un délai, ni d'astreinte ;

Sur les conclusions tendant à ce que le juge rejette les conclusions à fin d'injonction et de suspension

Considérant que si la Communauté d'agglomération demande, eu égard à l'intérêt public qui s'attache à la réalisation rapide des travaux que les conclusions à fin d'injonction et de suspension du marché soient rejetées, elle n'établit pas l'existence de l'intérêt public invoqué, lequel ne résulte pas de l'objet du marché en cause ; qu'il y a lieu de rejeter ces conclusions ;

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

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner la Communauté d'Agglomération de Toulon Provence Méditerranée à verser à la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE la somme qu'elle demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

ORDONNE

Article 1er : Il est enjoint à la Communauté d'Agglomération de Toulon Provence Méditerranée de reprendre la procédure de passation du marché public en vue de la requalification de l'avenue Sainte-Claire Deville à Toulon au stade de l'examen des offres par la commission d'appel d'offres.

Article 2 : La Communauté d'Agglomération de Toulon Provence Méditerranée versera à la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE la somme de 5 000 euros (cinq-mille euros) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la Communauté d'Agglomération de Toulon Provence Méditerranée et par le groupement SVCR / Zattera-Durbano sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE EUROVIA MEDITERRANEE, à la Communauté d'Agglomération de Toulon Provence-Méditerranée et au groupement SVCR / Zattera-Durbano

Fait à Toulon, le 18 novembre 2010.

Le juge des référés,

Signé

Jean-Bernard VEYER

La République mande et ordonne le préfet du Var 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 en chef,

Le greffier,