

TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE CERGY-PONTOISE

N°1104411

SA AIMEDIEU

M. Chayvialle  
Juge des référés

Ordonnance du 15 juin 2011

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 27 mai 2011 sous le n°1104411, présentée pour la société anonyme (SA) AIMEDIEU, ayant son siège 232 rue Grande BP 535 à Fontainebleau (77304), représentée par son représentant légal, par Me Hourcabie ;

La SA AIMEDIEU demande au juge des référés :

1°) d'ordonner, sur le fondement de l'article L551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure engagée par la communauté d'agglomération (CA) Sud de Seine pour la passation du lot n°5 (électricité) du marché pour la construction de la piscine de Clamart, ensemble la décision par laquelle l'offre déposée par la société requérante a été rejetée et celle par laquelle l'offre de la société Setralec a été retenue ;

2°) de mettre à la charge de la communauté d'agglomération Sud de Seine 5.000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La SA AIMEDIEU soutient que :

- les documents de la consultation comportent des contradictions qui l'ont empêchée de déposer une offre optimale ; que dans l'AAPC la communauté d'agglomération Sud de Seine a précisé que les « variantes » n'étaient pas autorisées ; qu'au contraire le règlement de la consultation prévoyait que les variantes étaient autorisées ; que le CCTP était imprécis sur ce point ; que la société requérante a pris le parti de ne pas proposer de variante, alors même que le projet offrait d'importantes possibilités de variantes et qu'elles pouvaient conduire à une diminution du prix de son offre assez substantielle ; que la note technique de la société est identique à celle de l'attributaire du marché ; que le classement en deuxième position de la société requérante résulte de l'écart de prix ; que l'écart de prix entre les offres par rapport à l'attributaire est très faible – 3 891,71 € ;

- les documents de la consultation, notamment le CCTP, comportent des références à des « marques » ou à des « types » de produit, non justifiées par des considérations techniques, en méconnaissance de l'article 6 IV du code des marchés publics ; si pour certains produits, la possibilité de proposer des produits équivalents ou similaires est offerte, le descriptif des autres produits impose aux candidats de proposer les produits de la marque indiquée ; la seule mention « ou équivalent » ou « ou similaire » ne permet pas de justifier la référence à des marques ou à des types de produit, sans justification technique ; que la société requérante n'a pu du fait de telles mentions proposer des produits qui, bien que n'étant pas de la marque ou du type exigé, auraient pu répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur pour un coût plus faible ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 14 juin 2011, présenté pour la SA

AIMEDIEU ; la société maintient les conclusions de sa requête par les mêmes moyens, ainsi que les moyens suivants :

- s'agissant de la contradiction entre les documents de la consultation concernant la possibilité pour les candidats de présenter des variantes, la CA Sud de Seine n'a pas précisé les exigences minimales des variantes en méconnaissance de l'article 50 du code des marchés publics ;
- s'agissant des références illégales aux marques et types de produits : au titre du critère technique évalué sur 40 points, les matériaux et produits proposés représentaient 20 points ; que la société par prudence a élaboré son offre en retenant les marques et types figurant dans le CCTP ; que le pouvoir adjudicateur avait imposé dans le CCTP le chiffrage des produits de marques et de type figurant dans le cahier des charges ; que le choix d'un matériel équivalent faisait supporter au candidat un risque financier excessif ; que le maître d'œuvre était libre d'accepter le produit équivalent ; qu'en cas de refus, le candidat pouvait se voir imposer de fournir la prestation avec les marques et type prévus par le CCTP ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 14 juin 2011, présenté pour la communauté d'agglomération (CA) Sud de Seine, représentée par son président en exercice dont le siège est sis 28 rue de la Redoute à Fontenay aux Roses (92260), par Me Troussière ; la communauté d'agglomération Sud de Seine conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la SA AIMEDIEU à payer 3500 € en application de l'art L761-1 du code de justice administrative ;

La communauté d'agglomération Sud de Seine fait valoir que :

- si l'AAPC interdit les variantes, les variantes sont autorisées tant par le règlement de la consultation que par le CCTP ; les conditions à respecter pour les variantes sont prévues par l'art 1.2.2. du CCTP ; que la contradiction entre l'AAPC et les documents du cahier des charges est une simple erreur matérielle ; que la société requérante n'a pas jugé utile de poser une question sur ce point au pouvoir adjudicateur ; que la société n'a pas été lésée par le manquement invoqué ; la société requérante n'établit pas qu'elle aurait pu présenter une offre avec variante pour un prix inférieur au prix proposé par l'entreprise retenue ; que l'offre qui a été retenue, d'un montant inférieur à celle présentée par la société requérante ne comportait aucune variante ;

- l'article 6 IV du code des marchés publics n'a pas été méconnu ; que le marché porte sur un équipement spécifique compte tenu des contraintes liées à son usage, notamment aux conditions particulières de température, d'hygrométrie et de qualité de l'air ; que les articles L111-9, R111-6 et R111-20 du Code de la construction et de l'Habitat ne s'applique pas aux piscines ; que la référence aux différentes marques s'impose, comme moyen pour le pouvoir adjudicateur d'exprimer son degré d'exigence spécifique ; que chaque référence dans le CCTP était accompagné de la mention « ou équivalent » ; que l'offre de la SA AIMEDIEU a fait application de la possibilité prévue par le CCTP de proposer des produits équivalents à ceux mentionnés dans le CCTP, notamment pour les éclairages de secours, les éclairages de sécurité, les déclencheurs manuels ou les alarmes de sécurité ; que la requérante a obtenu une note technique aussi élevée que celle de la société retenue ; que la société n'a pas été lésée par le manquement allégué ;

Vu le mémoire en intervention, enregistré le 14 juin 2011, présenté pour la société SETRALEC, par Me Roumens ; la société SETRALEC conclut au rejet de la requête ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 14 juin 2011, présenté pour la Communauté d'agglomération Sud de Seine qui maintient les conclusions de son mémoire en défense par les mêmes moyens ; la communauté d'agglomération sud de Seine fait en outre valoir que :

- l'absence de définition des exigences minimales que doivent respecter les variantes n'entraîne pas par elle-même la nullité de la procédure ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Chayvialle, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- la SA AIMEDIEU ;
- la Communauté d'agglomération Sud de Seine ;
- la société SETRALEC ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 15 juin 2011 à 10 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. Chayvialle, premier-conseiller ;
- Me Groulez, substituant Me Hourcabic, représentant la SA AIMEDIEU ; la SA maintient les conclusions de sa requête par les mêmes moyens ; elle fait valoir en outre que le courrier du 11 mai 2011 par laquelle le pouvoir adjudicateur l'a informée du rejet de son offre indique que l'offre de la société était moins bien classée sur le plan technique alors que, par courrier du 23 mai suivant, le pouvoir adjudicateur lui a indiqué que sa note technique était la même que celle de la société Setralec soit 29/40 ;
- Me Troussière, représentant la Communauté d'agglomération Sud de Seine ;
- Me Roumens, représentant la société SETRALEC ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience à 11h30, la clôture de l'instruction ;

Considérant que par avis d'appel public à la concurrence publié le 14 janvier 2011, la communauté d'agglomération Sud de Seine a engagé la procédure de passation d'un marché public de travaux pour la construction de la piscine de Clamart ; que le lot n°5 de ce marché portait sur les travaux d'électricité ; que la SA AIMEDIEU s'est portée candidate pour l'attribution de ce lot ; que par courrier du 11 mai 2011, la CA Sud de Seine a informé la SA AIMEDIEU du rejet de son offre et de l'attribution du lot n°5 du marché à la société SETRALEC ;

#### **Sur l'intervention de la société SETRALEC**

Considérant que l'ordonnance à rendre est susceptible de préjudicier aux droits de la société SETRALEC, attributaire du marché litigieux ; que, par suite, son intervention est recevable ;

#### **Sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure**

Considérant qu'aux termes de l'article L551-1 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 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 L551-2 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.»; qu'aux termes de l'article L551-3 du code précité: «Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. »; et qu'aux termes de l'article L. 551-4 de ce code: « 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'en application de ces dispositions, il appartient 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 ;*

*En ce qui concerne les contradictions des pièces du marché sur la possibilité pour les candidats de présenter des variantes :*

*Considérant qu'aux termes du I de l'Article 50 du code des marchés publics:« I.-Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.»;*

*Considérant d'une part qu'aux termes du II.1.9 de l'avis d'appel public à concurrence du marché public litigieux: « Des variantes seront prises en considération : non »; qu'en revanche l'article 11 du règlement de la consultation du marché litigieux dispose que : « les variantes sont autorisées »; que de même aux termes de l'article 1.2.2. du CCTP du lot n°5 « seules les variantes proposées lors de la consultation pourront être retenues par le maître d'œuvre après l'appel d'offre »; que la contradiction entre l'AAPC d'une part et le règlement de la consultation et le CCTP d'autre part, sur la possibilité ouverte aux candidats de proposer des variantes lors de la remise de leurs offres constitue une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent au pouvoir adjudicateur, nonobstant la circonstance que l'article 15 du règlement de la consultation ouvrait la faculté aux candidats de soumettre au pouvoir adjudicateur des questions sur la compréhension du cahier des charges ;*

*Considérant d'autre part que le pouvoir adjudicateur soutient sans être contesté par la société requérante que la société attributaire du marché n'avait pas soumis d'offre comportant une variante ; qu'à supposer même que la faculté de présenter une variante aurait permis à la société requérante de présenter une offre d'un prix inférieur à celui proposé par la société attributaire, dès lors que l'offre retenue n'était pas non plus fondée sur une variante du CCTP, la société requérante n'est fondée à invoquer aucune lésion potentielle liée aux contradictions des pièces du marchés sur la possibilité pour les candidats de présenter une offre variante ;*

*En ce qui concerne le défaut d'indication des exigences minimales pour la présentation d'une variante par les candidats :*

*Considérant qu'aux termes du I de l'article 50 du code des marchés publics: « Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces*

*exigences minimales peuvent être prises en considération. » ;*

Considérant toutefois qu'aux termes de l'article 1.2.2. du CCTP du lot n°5 « *seules les variantes proposées lors de la consultation pourront être retenues par le maître d'œuvre après l'appel d'offre, à condition que l'entreprise fournisse avec sa proposition un détail de prix permettant d'apprécier les répercussions que leur adoption entraînerait sur le montant du lot en cause et sur ceux des lots pour lesquels ces variantes conduiraient à des modifications.* » ; que par suite le moyen tiré du défaut d'indication par les pièces du marchés des exigences minimales de présentation des variantes par les candidats doit être écarté comme manquant en fait ;

*En ce qui concerne la mention de marques ou de types dans les pièces du marché :*

Considérant qu'aux termes de l'article 6 du code des marchés publics : « *IV. - Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : " ou équivalent ".*»

Considérant qu'aux termes du 1.2.6 du CCTP du lot n°5 : « *L'entrepreneur devra chiffrer dans tous les cas sa proposition avec le matériel précisé dans le présent devis. / Cependant il aura la possibilité de proposer des matériels équivalents à ceux définis dans le présent devis, mais ils ne pourront être remis en œuvre qu'avec l'accord du Maître d'œuvre. / Aucun changement au projet ne pourra être apporté en cours d'exécution sans l'autorisation expresse et écrite du Maître d'œuvre, les frais résultant de changements non autorisés et toutes leurs conséquences, ainsi que tout travail supplémentaire exécuté sans ordre écrit seront à la charge de l'entreprise* » ; qu'il résulte du CCTP litigieux qu'il fait référence à des marques ou à des types pour définir les prestations de travaux prévues par le lot électricité du marché litigieux ;

Considérant que si la CA Sud de Seine invoque les caractéristiques particulières de la piscine qui constitue l'objet du marché auquel appartient le lot litigieux, cette seule circonstance ne suffit pas à justifier la référence à des marques ou à des types pour les prestations prévues dans le lot litigieux dont l'objet est constitué par des travaux d'électricité tant sur courants faibles que sur courants forts ; que de même si la CA Sud de Seine soutient que les références litigieuses à des marques ou à des types ont permis de préciser ses exigences concernant la réalisation des prestations, il ne résulte pas de l'instruction que ces références étaient indispensables à la description des prestations prévues ; que, dès lors que ni l'objet du marché ni la nécessité d'une description suffisamment précise des prestations attendues n'autorisaient le pouvoir adjudicateur à faire référence à des marques ou des types dans les pièces de marché, le pouvoir adjudicateur ne peut utilement invoquer la circonstance que la plupart de ces références étaient suivies de la mention « ou équivalent », alors même que le point 1.2.6 du CCTP imposait aux candidats de conformer leurs offres aux prescriptions techniques litigieuses et soumettait l'utilisation d'un produit équivalent à l'autorisation du pouvoir adjudicateur ;

Considérant, toutefois, que si la référence par les pièces du marché à des types ou à des marques méconnaît l'article 50 du code des marchés publics, il est toutefois avéré que cette disposition s'est imposée à l'ensemble des candidats et notamment à la société Setralec, attributaire du marché litigieux ; que d'ailleurs, la société requérante ne conteste pas que pour certaines

prestations prévues par le CCTP son offre n'était pas fondée sur les types ou les marques indiqués par le CCTP, mais sur des équivalents ; qu'ainsi la société requérante n'est fondée à invoquer aucune lésion potentielle liée aux références faites par les pièces du marché à des types ou à des marques en méconnaissance de l'article 6, IV du Code des marchés publics ;

En ce qui concerne les motifs du courrier du 11 mai 2011 :

Considérant que la circonstance que la décision du 11 mai 2011 par laquelle la CA Sud de Seine a informé la société requérante du rejet de son offre comportait le motif erroné en fait que la valeur technique de son offre était inférieure à celle de l'offre retenue, pour regrettable qu'elle soit, ne constitue pas, eu égard au stade de la procédure auquel l'erreur a été commise, une méconnaissance par le pouvoir adjudicateur des ses obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'être censurée par le juge des référés précontractuel en vertu de l'article L551-1 du code de justice administrative ; que ce moyen doit être écarté comme inopérant ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société requérante tendant à l'annulation de la procédure engagée par la communauté d'agglomération (CA) Sud de Seine pour la passation du lot n°5 (électricité) du marché de construction de la piscine de Clamart doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application 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 l'article L.761-1 du code de justice administrative fait obstacle à ce que la CA Sud de Seine, qui n'est pas la partie perdante, verse à la société requérante la somme que celle-ci réclame au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en application de ces dispositions il y a lieu de condamner la société requérante à verser à la CA Sud de Seine la somme de 500 € ;

ORDONNE

Article 1<sup>er</sup> : L'intervention de la société SETRALEC est admise.

Article 2 : La requête de la SA AIMEDIEU est rejetée.

Article 3 : La société requérante versera à la Communauté d'Agglomération Sud de Seine 500 € en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

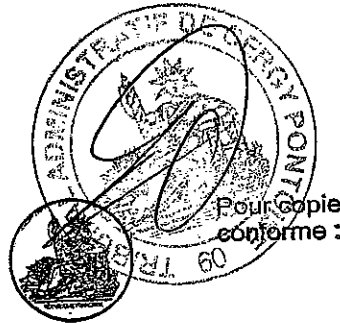
Article 4 : la présente ordonnance sera notifiée à la SA AIMEDIEU, Communauté d'Agglomération Sud de Seine et à la société SETRALEC.

Fait à Cergy-Pontoise, le 15 juin 2011.

Le juge des référés,

signé

M. Chayvialle



Le greffier,

signé

S. Delangre

*La République mande et ordonne au préfet des Hauts de Seine en ce qui le concerne et 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.*