

Conseil d'État**N° 458793****ECLI:FR:CECHS:2022:458793.20220401**

Inédit au recueil Lebon

7ème chambre

Mme Audrey Prince, rapporteur

Mme Mireille Le Corre, rapporteur public

SCP FOUSSARD, FROGER ; SCP PIWNICA, MOLINIE, avocats

Lecture du vendredi 1 avril 2022**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu les procédures suivantes :

La société Eiffage Construction Midi-Pyrénées a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Toulouse, sur le fondement des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, à titre principal, d'annuler la procédure d'attribution du marché public global de performance de réhabilitation, reconstruction, exploitation et maintenance du site Lemaesquier et, à titre subsidiaire, d'enjoindre à l'administration de communiquer le rapport d'analyse des offres et le procès-verbal du jury et, à tout le moins, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que les motifs détaillés au regard de l'ensemble des critères et sous-critères l'ayant conduite à retenir celle-ci et de suspendre la signature du marché pendant un délai de trois semaines à compter de la communication de ces éléments.

Par une ordonnance n° 2106173 du 10 novembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a fait droit à sa demande principale en annulant la procédure d'attribution du marché.

1° Sous le n° 458793, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 25 novembre et 10 décembre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Bourdarios demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées ;

3°) de mettre à la charge de la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 458864, par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 26 novembre et 10 décembre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le ministre de l'économie, des finances et de la relance demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées ;

3°) de mettre à la charge de la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme A... Prince, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de Mme Mireille Le Corre, rapporteure publique ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SARL Meier-Bourdeau, Lecuyer et associés, avocat du ministre de l'économie, des finances et de la relance, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Bourdarios, et à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Eiffage construction Midi-Pyrénées ;

Considérant ce qui suit :

1. Les pourvois du ministre de l'économie, des finances et de la relance et de la société Bourdarios tendent à l'annulation de l'ordonnance du 10 novembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulouse. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision.
2. 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 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ".
3. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Toulouse que le ministère de l'économie, des finances et de la relance a lancé une consultation en vue de la passation d'un marché public global de performance de reconstruction, réhabilitation, exploitation et maintenance du site Lemaesquier aux fins d'y implanter la nouvelle cité administrative de Toulouse. L'offre du groupement ayant pour mandataire la société Bourdarios a été sélectionnée, la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées, mandataire d'un des deux autres groupements d'entreprises sélectionnés, étant avertie du rejet le 14 octobre 2021 de son offre classée en deuxième position. Par une ordonnance du 10 novembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a fait droit à la demande de la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées d'annuler la procédure d'attribution du marché. Le ministre de l'économie, des finances et de la relance et la société Bourdarios se pourvoient en cassation contre cette ordonnance.
4. Aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique : " Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ". L'article R. 2152-11 du même code dispose : " Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en oeuvre sont indiqués dans les documents de la consultation ".
5. Il résulte des dispositions précitées 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. Le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu d'informer dans les documents de consultation les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation. S'il décide, pour mettre en oeuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. En revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres lorsqu'il se borne à mettre en oeuvre les critères annoncés.
6. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le pouvoir adjudicateur a distribué aux membres du jury, sans le porter à la connaissance des candidats, un barème de notation du sous-critère 3.1 " Réponse aux besoins fonctionnels décrits au tome 1 ", noté sur 7,5 points, indiquant les éléments d'appréciation suivants : Insertion dans le site/ qualité architecturale pour 2,5 points (insertion dans le site et qualité architecturale de l'extension, impact avec le bâtiment existant, gestion des accès/cheminements/gestion des flux et espaces extérieurs) ; Pertinence de la fonctionnalité du projet pour 2,5 points (gestion globale/organisation générale/flux internes, connexions entre l'extension et le bâtiment existant) ; Analyse de la fonctionnalité des entités accueillies pour 2,5 points (y compris surface des locaux " dimensionnants "). Pour juger que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en ne portant pas ces informations à la connaissance des candidats, l'auteur de l'ordonnance attaquée a considéré que le pouvoir adjudicateur avait entendu noter sur 2,5 points la qualité architecturale et sur 5 points la qualité fonctionnelle et que " ces éléments d'appréciation, distincts par leur nature et leur pondération respective, ne constituaient donc pas une simple méthode d'évaluation mettant en oeuvre le sous-critère de sélection 3-1 ". En statuant ainsi, alors que le barème de notation, qu'il n'appartenait pas au juge du référé précontractuel de recomposer, distinguait trois éléments d'appréciation pondérés à la même hauteur, l'auteur de l'ordonnance attaquée a dénaturé les pièces du dossier. Par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le ministre de l'économie, des finances et de la relance et la société Bourdarios sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée.
7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

8. En premier lieu, selon l'article R. 2181-1 du code de la commande publique : " Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat ". Aux termes de l'article R. 2181-3 du code de la commande publique, " La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre. / Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre : / 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ; / 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R. 2182-1 ".

9. L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations, mentionnées aux articles du code de la commande publique précités, a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

10. Il résulte des pièces du dossier, que par un courrier en date du 14 octobre 2021, le ministère de l'économie, des finances et de la relance a informé la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées du rejet de son offre, en lui indiquant le nom de l'attributaire, et les notes attribuées à sa société sur chacun des critères. Il a complété cette information en transmettant, le 21 octobre 2021, le détail des notations des deux sociétés pour chaque critère et sous-critère puis, le 5 novembre 2021, postérieurement à l'introduction de la requête, le barème de notation, un extrait du rapport de la commission technique ainsi qu'un extrait du procès-verbal du jury relatif au critère n° 3. La société Eiffage Construction Midi-Pyrénées a ainsi obtenu communication des informations de nature à lui permettre de connaître précisément les motifs de rejet de sa candidature et d'attribution. Le moyen tiré de ce qu'elle n'aurait pas été informée des motifs du rejet de son offre ne peut, par suite, qu'être écarté.

11. En deuxième lieu, aux termes du premier alinéa de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ". L'article L. 2152-2 du même code précise qu'une offre irrégulière est " une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ".

12. Un pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement de la consultation.

13. D'une part, il ressort des documents de la consultation, et notamment du point 1.4, que le montant estimé du marché s'élevait à 62,7 millions d'euros hors taxe pour la partie investissement de la conception et de la réalisation, et comprenait notamment la réalisation de deux prestations supplémentaires éventuelles liées à une crèche et à un restaurant inter-administration. Le point 3.3 précise que la création de cette deuxième prestation supplémentaire pourrait être décidée lors de la phase de dialogue. Il est constant que les candidats ont été informés lors de la phase de dialogue que l'estimation de 62,7 millions d'euros comprenait uniquement le projet de base et la crèche, à l'exclusion du restaurant inter-administration, qui devait néanmoins être inclus dans le projet. Par suite, la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées n'est pas fondée à soutenir que l'offre retenue, qui portait sur un projet plus large, excédait irrégulièrement ce montant, au demeurant estimatif.

14. D'autre part, si la société Eiffage Construction Midi Pyrénées soutient que l'offre du groupement représenté par la société Bourdarios était irrégulière car elle ne respecterait pas les exigences définies dans le programme s'agissant de la fonctionnalité et de la typologie des bureaux, elle n'apporte aucun élément permettant de caractériser une irrégularité au sens de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique précité.

15. En troisième lieu, 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. 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. 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.

16. Contrairement à ce que soutient la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées, il ressort du règlement de la consultation que les critères et sous-critères indiqués permettaient d'apprécier, sans ambiguïtés ni contradictions, à la fois le coût global du projet, ses performances énergétique, immobilière, environnementale et de service ainsi que ses qualités architecturale, fonctionnelle et technique. Il résulte par ailleurs de ce qui a été dit au point 6 que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de porter à la connaissance des candidats les éléments d'appréciation des offres pour la mise en oeuvre du sous-critère 3.1. Par suite, le moyen tiré de l'insuffisante information des candidats ne peut qu'être écarté.

17. En quatrième lieu, le ministre de l'économie, des finances et de la relance pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation du critère technique, permettait une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre.

18. En cinquième lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats. La société requérante n'établit pas que l'Etat aurait fondé l'évaluation de son offre sur l'ergonomie des espaces de travail et sur les places de parking sur des erreurs matérielles.

19. En sixième lieu, si la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées soutient que l'Etat a commis un manquement en s'estimant tenu par l'avis du jury, ce moyen manque en fait dès lors qu'il ressort des termes même du courrier de rejet de l'offre du 14 octobre 2021 que l'Etat avait décidé de suivre l'avis du jury, sans s'estimer lié par celui-ci.

20. Il résulte de ce qui précède que la demande de la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées doit être rejetée, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

21. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées le versement à l'Etat, d'une part, à la société Bourdarios, d'autre part, d'une somme de 3 500 euros pour l'ensemble de la procédure au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du 10 novembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Toulouse est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Eiffage Construction Midi Pyrénées devant le tribunal administratif de Toulouse et ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société Eiffage Construction Midi-Pyrénées versera une somme de 3 500 euros à l'Etat et une somme de 3 500 euros à la société Bourdarios au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'économie, des finances et de la relance, à la société Bourdarios et à la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées.

Délibéré à l'issue de la séance du 17 mars 2022 où siégeaient : M. Benoît Bohnert, assesseur, président ; M. Gilles Pellissier, conseiller d'Etat et Mme A... Prince, maître des requêtes en service extraordinaire-rapporteuse.

Rendu le 1er avril 2022.

Le président :

Signé : M. Benoît Bohnert

La rapporteure :

Signé : Mme A... Prince

La secrétaire :

Signé : Mme C... B...