

N° 2000200

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS,

Société ETF ARMAND EMMANUEL

Le juge des référés,

Mme Fabienne Guitard
Juge des référés

Ordonnance du 26 février 2020

39-08-015-01
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 7 et 24 février 2020, la société ETF Armand Emmanuel, représentée par la AARPI Themis, demande au juge des référés, dans le dernier état de ses écritures :

1°) de prendre acte de son désistement des conclusions dirigées contre l'attribution du lot n° 3 du marché litigieux.

2°) d'ordonner, sur le fondement des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation du marché public de travaux constituant un accord-cadre à bons de commande relatif à la réalisation de services forestiers mécanisés sur les départements du Jura, du Doubs, de la Haute-Saône et du Territoire de Belfort, en tant qu'il porte sur le lot n° 2, lancée par l'office national des forêts ;

3°) d'enjoindre à l'office national des forêts de lui communiquer les motifs détaillés d'attribution du lot n° 2 du marché litigieux à MM. Boursier et Cuny, sous astreinte de 500 euros par jour de retard ;

4°) d'enjoindre à l'office national des forêts de suspendre la signature du marché le temps de la communication de ces informations ;

5°) d'enjoindre à l'office national des forêts de reprendre la procédure de passation au stade de l'examen des offres ;

6°) de mettre à la charge de l'office national des forêts la somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

– l'office national des forêts a méconnu les dispositions des articles R. 2181-1 et R. 2181-3 du code de la commande publique en refusant de lui communiquer les motifs détaillés de l'attribution du lot n° 2 à MM. Boursier et Cuny ;

– l'office national des forêts a dénaturé son offre en lui attribuant des notes inférieures à MM. Boursier et Cuny alors que les moyens humains et matériels de son offre sont supérieurs à ceux présentés en particulier par M. Cuny.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 20 février 2020 et le 25 février 2020 à 9 h 13, l'office national des forêts :

1°) prend acte du désistement de la société requérante de ses conclusions dirigées contre l'attribution du lot n° 3 du marché litigieux et demande que soit prononcé un non-lieu à statuer sur ces conclusions ;

2°) conclut au rejet du surplus de la requête ;

3°) demande la mise à la charge de la société ETF Armand Emmanuel de la somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que les moyens soulevés par la requérante ne sont pas fondés.

La requête a été notifiée à MM. Jérémy Cuny et Michel Boursier ainsi qu'aux sociétés ADS Bois et NJC Forêt, qui n'ont pas produit d'observations.

Par un courrier du 24 février 2020, le juge des référés a informé les parties qu'il était susceptible de relever d'office l'irrecevabilité des conclusions de la requête tendant à ce qu'il soit enjoint à l'office national des forêts de suspendre la signature du marché.

Vu :

– les autres pièces du dossier ;

Vu :

– le code de la commande publique ;

– le code de justice administrative.

Par une décision du 1^{er} juillet 2019, le président du tribunal a désigné Mme Guitard, première conseillère, pour exercer les fonctions de juge des référés.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Au cours de l'audience publique qui s'est tenue le 25 février 2020 à 10 h 00, en présence de Mme Chiappinelli, greffière, Mme Guitard a lu son rapport et entendu :

– les observations de Me Ciaudo, représentant la société ETF Armand Emmanuel, qui confirme avoir eu le temps de prendre utilement connaissance du deuxième mémoire en défense, se désister de ses conclusions concernant le lot n° 3 du marché et maintenir ses conclusions concernant le lot n° 2, y compris celles tendant à la suspension de la signature du marché le temps de la communication des informations prévues à l'article R. 2181-3 du code de la commande publique, et ses deux moyens tenant, d'une part, au manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations d'information découlant des dispositions de l'article R. 2181-3 du code de la commande publique, faute de communication des motifs détaillés de l'attribution du lot à MM. Boursier et Cuny et, d'autre part, à la dénaturation de son offre et surtout de celle de M. Cuny, qui travaille seul, ne dispose pas de cinq ans d'expérience ni de moyens matériels supérieurs à ceux de la société requérante. Il précise que la circonstance que la requérante aurait rencontré des difficultés dans l'exécution d'un autre marché confié par l'office national des forêts est inopérante ;

– les observations de M. Cuny ;

– et les observations de Me Mailliard, représentant l'office national des forêts, qui affirme que le pouvoir adjudicateur a communiqué des informations suffisantes à la requérante, dont l'offre n'a pas été dénaturée au vu de l'évaluation des différents sous-critères de sa valeur technique, et qui, titulaire d'un important marché en Haute-Marne, lieu de son siège social, rencontre parfois des difficultés pour exécuter d'autres marchés, moins prioritaires pour elle ;

– M. Boursier, présent à l'audience, a indiqué ne pas avoir d'observations à formuler.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Le 13 novembre 2019, la direction territoriale de Bourgogne Franche-Comté de l'office national des forêts a publié un avis d'appel public à la concurrence dans le cadre du lancement d'un appel d'offres ouvert pour la conclusion d'un accord-cadre multi-attributaires à exécution par bons de commande pour la réalisation de prestations de services forestiers mécanisés sur les départements du Jura, du Doubs, de la Haute-Saône et du Territoire de Belfort, comportant vingt-huit lots géographiques, dont le lot n° 2 correspondant à des travaux de broyage de la végétation sur le secteur de Jussey et le lot n° 3 correspondant à des travaux de même nature sur le secteur de Rioz-Vesoul, soit deux secteurs situés dans le département de la Haute-Saône. Par un courriel du 28 janvier 2020, l'office national des forêts a informé la société ETF Armand Emmanuel que les offres qu'elle avait présentées pour ces deux lots avaient été rejetées et que ces lots avaient été respectivement attribués à MM. Boursier et Cuny en ce qui concerne le lot n° 2 et aux sociétés ADS Bois et NJC Forêt en ce qui concerne le lot n° 3. Dans le dernier état de ses écritures, la société ETF Armand Emmanuel se désiste de ses conclusions relatives au lot n° 3 et demande au juge du référé précontractuel d'annuler la procédure de passation concernant le lot n° 2 et d'enjoindre à l'office national des forêts de lui communiquer les motifs détaillés de l'attribution de ce lot à MM. Boursier et Cuny, de suspendre la signature du marché le temps de la communication de ces informations et de reprendre la procédure de passation au stade de l'examen des offres.

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.* ». Aux termes du I de l'article L. 551-2 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.* ». Aux termes de l'article L. 551-10 dudit code : « *Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local. (...)* ».

3. En application de ces dispositions, il appartient au juge du référé précontractuel de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration lors du déroulement de la procédure d'attribution d'un marché public. Il lui appartient, en outre, de rechercher si l'opérateur économique 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 un opérateur économique concurrent.

Sur le désistement partiel :

4. Le désistement de la requérante des conclusions de sa requête dirigées contre la décision d'attribution du lot n° 3 est pur et simple. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit donné acte de ce désistement partiel.

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

5. En premier lieu, aux termes de l'article R. 2181-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre.* » et aux termes de l'article R. 2181-3 du même code : « *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.* ».

6. A la suite de la réception du courriel du 28 janvier 2020 de l'office national des forêts l'informant du rejet de son offre pour le lot n° 2 de l'accord-cadre relatif à la réalisation de prestations de services forestiers mécanisés, la société ETF Armand Emmanuel a sollicité de l'office la communication des motifs du rejet de son offre et du choix de l'attribution de ce lot à MM. Boursier et Cuny, des caractéristiques et avantages des offres des attributaires, ainsi qu'une copie du rapport d'analyse des offres. Par un courrier du 19 février 2020, l'office national des forêts a communiqué à la société ETF Armand Emmanuel ses notes ainsi que celles obtenues par chacun des deux attributaires au titre du critère du prix, affecté d'une pondération de 60 %, et du critère de la valeur technique, affecté d'une pondération de 40 %, ainsi que son rang de classement. S'agissant de la valeur technique, le nombre de points obtenus par les attributaires et la requérante pour chaque sous-critère, tenant à l'adaptation des moyens humains, à celle des moyens matériels et à la qualification et aux certifications de l'entreprise, a également été communiqué à la société ETF Armand Emmanuel. L'office a enfin détaillé, pour chaque sous-critère d'évaluation de la valeur technique, les raisons du nombre de points attribués à la requérante en fonction des éléments d'appréciation retenus dans le règlement de consultation. Les informations ainsi communiquées en cours d'instance à la société ETF Armand Emmanuel, même si elles ne comportent pas d'analyse littérale des offres retenues, répondent aux prescriptions des articles précités du code de la commande publique, dès lors qu'elles ont permis à la requérante de connaître les motifs détaillés du rejet de son offre et de disposer de suffisamment de renseignements sur les caractéristiques et avantages des offres retenues pour appréhender les raisons du choix du pouvoir adjudicateur, dans un délai suffisant pour lui permettre de contester utilement son éviction à l'audience devant le juge du référé précontractuel. Par suite, aucun manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être reproché à l'office national des forêts.

7. En second 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 méconnaissant ou 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.

8. Il résulte de l'instruction que, pour attribuer à la requérante 20 points sur 45 en matière d'adaptation des moyens humains, le pouvoir adjudicateur a retenu que plus de 50 % des chauffeurs de la société étaient qualifiés ou présentaient une expérience supérieure à cinq ans et que les moyens humains de la société étaient insuffisants pour la taille des lots en cause. Pour attribuer 32,5 points sur 45 en matière d'adaptation des moyens matériels, il a retenu que ceux-ci étaient conformes aux attendus mais que leur ancienneté était supérieure à 7 000 heures ou à 7 ans par outil et qu'il n'était pas utilisé d'huile hydraulique biodégradable. Enfin, il n'a pas attribué de point en matière de qualification et de certifications de l'entreprise, en l'absence de renseignement par la requérante de cette rubrique. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de se prononcer sur l'appréciation ainsi portée par l'office national des forêts au regard des sous-critères et éléments de notation figurant dans le barème détaillé contenu dans le règlement de la consultation, sur l'offre de la société requérante ou des attributaires et les notes attribuées. Par suite, et alors qu'il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait apprécié les offres sur la base d'informations erronées et en aurait ce faisant dénaturé le contenu,

la société ETF Armand Emmanuel ne peut pas utilement soutenir que la valeur technique de son offre, évaluée à 21/40, était meilleure que celle de M. Cuny, évaluée à 25,5/40.

9. Il résulte de ce qui précède que les conclusions de la société ETF Armand Emmanuel tendant à l'annulation de la procédure de passation de l'accord-cadre en tant qu'elle porte sur le lot n° 2 doivent être rejetées.

Sur les conclusions aux fins d'injonction :

10. En premier lieu, ainsi qu'il a déjà été dit, les motifs détaillés de rejet de son offre et éléments de comparaison des points obtenus par elle et les attributaires pour chacun des sous-critères d'appréciation de la valeur technique des offres, communiqués à la requérante par un courrier de l'office national des forêts du 19 février 2020, doivent être regardés comme suffisants. Les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'office national des forêts de communiquer les motifs détaillés d'attribution du lot n° 2 aux attributaires doivent donc être regardées comme devenues sans objet, de même que celles tendant à ce qu'il soit enjoint à l'office national des forêts de suspendre la signature du contrat litigieux le temps de cette communication. Il n'y a donc plus lieu de statuer sur ces conclusions.

11. En second lieu, en l'absence d'annulation de la procédure de passation de l'accord-cadre en tant qu'elle porte sur le lot n° 2, les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'office national des forêts de reprendre la procédure de passation au stade de l'examen des offres ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

12. D'une part, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'office national des forêts, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement de la somme demandée par la société ETF Armand Emmanuel au titre de ces dispositions.

13. D'autre part, il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société ETF Armand Emmanuel quelque somme que ce soit au profit de l'office national des forêts au titre de ces mêmes dispositions.

ORDONNE :

Article 1^{er} : Il est donné acte du désistement de la société ETF Armand Emmanuel des conclusions de sa requête dirigées contre la décision d'attribution du lot n° 3 du marché litigieux.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de la société ETF Armand Emmanuel est rejeté.

Article 3 : Les conclusions présentées par l'office national des forêts sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société ETF Armand Emmanuel, à la direction territoriale de Bourgogne Franche-Comté de l'office national des forêts, à M. Michel Boursier, à M. Jérémy Cuny, à la société ADS Bois et à la société NJC Forêt.

Fait à Besançon, le 26 février 2020.

Le juge des référés,

Fabienne Guitard

La République mande et ordonne à la préfète de la Haute-Saône, en ce qui la 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,
Le greffier,