

TA33  
Tribunal Administratif de Bordeaux  
2306714  
2023-12-26  
ALJOUBAHI  
Décision  
Plein contentieux

Satisfaction partielle

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 7 décembre 2023, la SNC SETEC ALS, la SAS Dejante VRD et Construction Sud-Ouest et la SCOP cabinet ECTARE, représentées par Me Riquelme, demandent au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;  
1°) d'annuler la procédure d'appel d'offres ouvert organisée par la communauté de communes de la Vallée de l'Homme en vue de l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre pour la création d'une vélo route voie verte entre Les Eyzies et Aubas (Dordogne) au stade de l'analyse des offres ;  
2°) d'enjoindre à la communauté de communes de la Vallée de l'Homme de reprendre cette analyse dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ;  
3°) de mettre à la charge de la communauté de communes Vallée de l'Homme la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- leur requête est recevable ;
- il y a atteinte au principe d'égalité de traitement dans les notes attribuées au regard des appréciations sur les offres ; le pouvoir adjudicateur a porté exactement la même appréciation sur les deux offres s'agissant des moyens humains affectés à l'étude ; il a pourtant attribué des notes différentes : 11,5 pour l'attributaire, contre 11 pour les requérantes ; en attribuant à l'offre de la société INGC une note d'un demi-point supplémentaire à celle attribuée à leur offre après avoir porté une appréciation identique sur les deux offres, la communauté de commune a avantagé la société attributaire ;
- il y a atteinte au principe d'égalité de traitement au titre de l'application faite des critères de jugement des offres :
  - sur le critère " Références similaires : conception ouvrage d'art ", le pouvoir adjudicateur a pris en compte le nombre important de références en ouvrages d'art présentées par la société attributaire, alors que l'article 16 du règlement de la consultation imposait, au paragraphe " cadre de candidature 2 ", la présentation d'au maximum trois références d'ouvrages d'art ;
  - sur le critère "Références similaires : conception de voies de circulation douces", le pouvoir adjudicateur, pour attribuer la note maximale sur ce point à la société INGC, a pris en compte les références de ce groupement en matière d'ouvrages d'art (OA), lesquelles étaient censées être déjà prises en compte dans le cadre de l'analyse des offres à l'aulne du critère précédent " Références similaires : conception d'ouvrage d'art " ; en notant les offres, deux fois au regard des mêmes éléments, le pouvoir adjudicateur a remis en cause la définition et la pondération des critères ;
- il y a atteinte au principe d'égalité de traitement du fait de l'absence d'élimination des offres anormalement basses ; la communauté de communes aurait dû éliminer l'offre du candidat le moins-disant à raison de son caractère anormalement bas au sens de l'article L. 2152-5 du code de la commande publique ; en l'espèce, l'offre remise par le candidat le moins-disant est anormalement basse ; l'offre du candidat moins-disant (PCM-ACOGEC) s'élève à 699 440 euros, soit une offre inférieure de - 20% à celles des requérantes, d'un prix de 872 267 euros, pourtant déjà optimisée ; Par un mémoire en défense enregistré le 19 décembre 2023, la communauté de communes de la Vallée de l'Homme, représentée par Me Aljoubahi, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge des sociétés requérantes une somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que les moyens invoqués ne sont pas fondés en l'absence de tout manquement au principe d'égalité de traitement entre les candidats :

- s'agissant de la différence de note attribuée sur le critère " moyens humains affectés à l'étude ", celle-ci est justifiée par une appréciation littérale légèrement différente, qui traduit une différence entre l'offre de la société INGC et celle des requérantes au regard de la " compétence en économie de la construction " ;

- s'agissant de l'appréciation faite du critère relatif aux " références similaires en conception d'ouvrages d'art ", l'article 14 du règlement de consultation (et non l'article 16) imposait, pour le cadre de candidature n° 1, une limitation de 3 références pour chaque compétence, et non pour l'ensemble du cadre ; l'article 14 prévoit en outre pour le cadre de candidature n° 2, une restriction de 3 fiches de référence, et non de 3 références d'ouvrage d'art proprement dit ; la communauté de communes était donc fondée à prendre en considération l'ensemble des références similaires en conception d'ouvrage d'art sans se limiter à 3 références maximum, ce qu'elle a fait pour l'offre de la société attributaire ;

- s'agissant de l'appréciation faite du critère " références similaires en conception de voies de circulation douces ", la mention relative " aux nombreuses références similaires avec visuels et détails sur les OA réalisées " résulte d'une simple erreur matérielle dans la rédaction du tableau d'analyse des offres, sans incidence sur la note attribuée à la société INGC qui repose uniquement sur sa note méthodologique ;

- s'agissant de l'absence d'élimination d'une offre anormalement basse, le moyen, qui ne peut reposer sur le seul écart constaté entre les prix des offres, n'est pas assorti de précisions suffisantes ; en toute hypothèse, la communauté de communes a réceptionné 10 offres, dont 5 présentaient un prix inférieur à 900 000 euros, 4 offres supérieures à 1 million d'euros, 1 offre autour de 927 000 euros, caractérisant ainsi une grande disparité des prix ; l'offre moins-disant, de la société PCM-ACOGEC, à 699 440 euros, n'apparaît pas anormalement basse ; l'écart de prix de 19 % entre l'offre de cette société et le prix de celle des requérantes s'explique notamment par des coûts structurels et des charges salariales distinctes ;

Par un mémoire en réplique, enregistré le 19 décembre 2023, les sociétés requérantes concluent aux mêmes fins et par les mêmes moyens que leur requête ; elles ajoutent que le pouvoir adjudicateur a dénaturé leur offre sur le critère " moyens humains affectés à l'étude " ; elles opposent enfin le caractère irrégulier de l'offre présentée par la société INGC qui a décrit plus de références en ouvrages d'art que ne l'y autorisait le règlement de consultation, notamment dans les trois fiches de références du cadre de candidature 2.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Vaquero, premier conseiller pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique du mercredi 20 décembre 2023 à 14h30, ont été entendus, en présence de Mme Gioffré, greffière :

- le rapport de M. Vaquero, juge des référés ;

- les observations de Me Riquelme, représentant la SNC SETEC ALS et autres, qui conclue aux mêmes fins et par les mêmes moyens que la requête ; elle précise que 0.32/100 seulement sépare son offre de celle de la société attributaire ; ainsi, la moindre irrégularité de la procédure aura pour effet d'invalider la décision finale ;

- les observations de Me Aljoubahi, pour la communauté de communes de la Vallée de l'Homme, qui reprend les moyens invoqués en défense ; il ajoute qu'il tient à la disposition du tribunal, dans le respect du secret des affaires, l'ensemble des offres réceptionnées par le pouvoir adjudicateur ; s'agissant de l'offre dont il est prétendu qu'elle serait anormalement basse, il précise qu'un simple écart de prix, même significatif, ne peut suffire à lui seul à justifier le retrait de celle-ci ;

Les offres réceptionnées par la communauté de communes de la Vallée de l'Homme dans le cadre de l'appel d'offres relatif à l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre pour la création d'une vélo route voie verte entre Les Eyzies et Aubas ont été mis, à l'issue de l'audience, à disposition du tribunal ;

La société INGC Ingénierie Construction, société attributaire, n'étant ni présente ni représentée ;

La parole a été donnée en dernier lieu au défendeur et la clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience, à 15h30.

Considérant ce qui suit :

1. La communauté de communes de la Vallée de l'Homme a lancé un appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre pour la création d'une vélo route voie verte entre Les Eyzies et Aubas. Aux termes de l'avis d'appel public à la concurrence, les offres devaient être remises pour le 27 octobre 2023. Les sociétés SAS SETEC ALS, mandataire, SAS Dejante VRD et Construction Sud-Ouest et la SCOP cabinet ECTARE, ont transmis une offre groupée dans le délai imparti. Par lettre recommandée en date du 23 novembre 2023, la communauté de communes de la Vallée de l'Homme a informé ces sociétés du rejet de leur offre, classée en deuxième position, en ayant obtenu 59.5 points à la note technique pondérée et 24.06 points à la note prix pondérée, soit une note globale pondérée de 83.56/100. L'offre retenue est celle de la société INGC Ingénierie Construction qui a obtenu la note globale pondérée de 83.88 / 100. La date de signature possible du marché a été fixée au 8 décembre 2023. Par lettre du 27 novembre 2023, la société SETEC ALS a sollicité de la communauté de communes la communication des motifs détaillés du rejet de son offre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, l'offre de prix de l'attributaire, les procès-verbaux et des rapports relatifs à l'analyse et au classement des offres. Le 28 novembre 2023, la communauté de communes lui a adressé le procès-verbal de la commission d'appel d'offres du 21 novembre 2023, le rapport d'analyse des offres, occulté des mentions relatives aux 8 offres autres celle des requérantes et de la société attributaire. Par la présente requête, la SNC SETEC ALS, la SAS Dejante VRD et Construction Sud-Ouest et la SCOP cabinet ECTARE demandent au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure d'appel d'offres ouvert organisée par la communauté de communes de la Vallée de l'Homme au stade de l'analyse des offres.

Sur les conclusions aux fins d'annulation :

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 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 ".

3. 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.

4. Aux termes de l'article 18 du règlement de consultation relatif aux critères d'attribution : " Le classement des offres et le choix du / des attributaire(s) sont fondés sur l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères pondérés notés sur 100 et énoncés ci-dessous :

1. Critère Prix des prestations noté sur 100 points, pondéré à 30% jugé sur la méthode dite de l'inversement proportionnelles 2. Critère Valeur technique noté sur 100 points, pondéré à 70 % ". La grille des critères d'analyse de la valeur technique des offres jointe à cet article précise : Moyens humains affectés à l'étude : 12 points. Organigramme du personnel affecté à cette étude et désignation du chef de projet : 12 points. Références similaires en conception d'ouvrages d'art : 30 points. Références similaires en conception de voies de circulation douces : 25 points. Méthodologie (Identification des contraintes, compréhension du projet et enjeux, Mise en œuvre des prestations, rôle de chaque intervenant, méthode de travail, Planning prévisionnel), 21 points, soit un total de 100 points.

5. Aux termes de l'article L. 3 du code de la commande publique : " Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. /Ces principes permettent

d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ". 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 œuvre de ces critères. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

En ce qui concerne l'atteinte au principe d'égalité de traitement dans les notes attribuées au regard des appréciations sur les offres :

6. Les sociétés requérantes soutiennent que leur offre et celle de la société attributaire ont recueilli des appréciations littérales identiques pour le critère " Moyens humains affectés à l'étude ", alors qu'elles ont recueilli respectivement 11/100 et 11,5/100. Elles ajoutent que cet écart, même faible, n'est pas justifié. Il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'analyse des offres, dont les sociétés requérantes ont obtenu communication préalablement à l'audience, que la société INGC a recueilli le commentaire suivant : " Moyens humains adaptés, manque de détail sur la compétence économie de la construction ", et le groupement mené par la société SETEC ALS, le commentaire suivant : " Moyens humains adaptés, manque de précisions sur la compétence économie de la construction ". La communauté de commune fait valoir que cette légère différence dans la rédaction du commentaire s'explique par le fait que, contrairement à la société attributaire, les sociétés requérantes n'auraient pas suffisamment développé la compétence " économie de la construction " de leur offre. Il ressort toutefois des pièces produites que le groupement SETEC ALS et autres a présenté les moyens humains affectés à l'occasion de son mémoire technique, par la production des CV et qualifications de ses équipes et à travers l'analyse du coût de l'objectif du projet. Dans ces conditions, en l'absence de différences significatives dans les pièces justificatives des moyens humains affectés à l'étude et produites par l'un et l'autre candidat, étant par ailleurs admis par le pouvoir adjudicateur que l'offre de la société INGC comporte elle-même quelques lacunes dans la justification des qualifications de ses intervenants, la communauté de communes, en octroyant une note différente aux deux candidats sur la base de commentaires littéraux qui apparaissent fondamentalement identiques, n'a pas respecté le principe d'égalité de traitement dans l'analyse des offres sur ce critère particulier.

En ce qui concerne l'atteinte au principe d'égalité de traitement au titre de l'application faite des critères de jugement des offres :

7. Les sociétés requérantes soutiennent que le pouvoir adjudicateur a pris en compte, comme élément déterminant de son appréciation, le nombre important de références en ouvrages d'art présentées par la société attributaire, alors que l'article 14 du règlement de la consultation - et non de l'article 16 - imposait, au paragraphe " cadre de candidature 2 ", la présentation d'au maximum trois références d'ouvrages d'art.

8. Aux termes de l'article 14 du règlement de consultation : " () Cadre de candidature 2 - Pour la compétence Ouvrage d'Art, mandataire et son associé éventuel : au maximum trois fiches de références d'opérations les plus pertinentes au regard de l'objet de la consultation de taille, de nature et de complexité comparables à l'opération (dont au moins une en cours ou réalisée depuis moins de 5 ans, projets de concours non lauréats exclus), comportant au maximum trois illustrations graphiques ou photographiques pour chacune des références (illustration photographique à privilégier, les images de concours ne sont pas souhaitables), indiquant le nom, le lieu, le nom du maître d'ouvrage, la surface utile en m<sup>2</sup>, le montant des travaux, la date et la durée de réalisation, conformément aux indications du cadre de candidature n° 2. ". Il résulte clairement de la rédaction de ces stipulations que le pouvoir adjudicateur a limité à un maximum de trois fiches références d'opérations, ce qui correspond à 3 opérations de réalisation d'ouvrage d'art, le nombre de références admises pour chaque candidature au titre du cadre de candidature 2.

9. Il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'analyse des offres, que la société INGC s'est vu attribuée une note de 30/100 sur ce critère assorti du commentaire suivant : " très bonne réponse, nombreuses références similaires avec visuels et détails sur les OA réalisés ", et le groupement requérant une note de 20/100 avec le commentaire suivant : " un ouvrage similaire cadre + contexte. Grande variété d'ouvrages et nombreuses références mais peu similaires ". La communauté de communes confirme dans ses écritures comme à l'audience avoir pris en compte le grand nombre de références - en toute hypothèse supérieur à 3 -, en réalisation d'ouvrages d'art similaires présentés par la société attributaire. Il s'en suit qu'en attribuant une note supérieure de 10

points à la société INGC sur ce critère pour un motif non conforme aux exigences du règlement de consultation, la communauté de communes de la Vallée de l'Homme a introduit une rupture d'égalité dans le traitement des offres de la société attributaire et du groupement requérant.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la procédure de passation du marché de maîtrise d'œuvre pour la création d'une vélo route voie verte entre Les Eyzies et Aubas, compte tenu des deux manquements ainsi relevés et du très faible écart de notation qui sépare l'offre des sociétés requérantes de celle obtenue par la société attributaire, doit être annulée, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens soulevés dans la requête.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

11. Eu égard au sens de la présente ordonnance, qui annule la procédure de passation du marché, il y a lieu d'enjoindre à la communauté de communes de la Vallée de l'Homme de reprendre l'analyse des offres dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Sur les conclusions relatives aux frais de l'instance :

12. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la SNC SETEC ALS, la SAS Dejante VRD et Construction Sud-Ouest et la SCOP cabinet ECTARE, qui ne sont pas la partie perdante dans la présente instance, la somme dont la communauté de communes de la Vallée de l'Homme demande le paiement au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. En revanche, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la communauté de communes de la Vallée de l'Homme le versement d'une somme globale de 1 500 euros à la SNC SETEC ALS, la SAS Dejante VRD et Construction Sud-Ouest et la SCOP cabinet ECTARE, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1er : La procédure d'attribution du marché de maîtrise d'œuvre pour la création d'une vélo route voie verte entre Les Eyzies et Aubas est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la communauté de communes de la Vallée de l'Homme de reprendre la procédure de passation du marché au stade de l'analyse des offres dans le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et notamment en respectant les motifs de la présente ordonnance.

Article 3 : La communauté de communes de la Vallée de l'Homme versera la somme globale de 1 500 euros à la SNC SETEC ALS, la SAS Dejante VRD et Construction Sud-Ouest et la SCOP cabinet ECTARE au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la communauté de communes de la Vallée de l'Homme présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la SNC SETEC ALS, la SAS Dejante VRD et Construction Sud-Ouest et la SCOP cabinet ECTARE, à la communauté de communes de la Vallée de l'Homme et à la société INGC Ingénierie Construction.

Fait à Bordeaux, le 26 décembre 2023.

Le juge des référés,

M. VAQUERO La greffière,

C. GIOFFRE

La République mande et ordonne au préfet de la Dordogne en ce qui le concerne, et à tous commissaires 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,

La greffière,