

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BORDEAUX

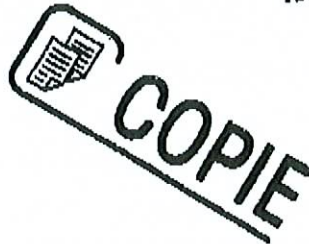
N°1202361

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Billet-Ydier
Juge des référés

A diagonal stamp with the word "COPIE" in large, bold, capital letters. To the left of the text is a small icon of a document with a folded corner.

Le juge des référés,

Audience du 24 juillet 2012
Ordonnance du 27 juillet 2012

Vu la requête, enregistrée au greffe du tribunal le 6 juillet 2012, présentée pour la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS, dont le siège est ZA le Mayne à Casseneuil (47440), par Me Palmier du cabinet Palmier & Associés, avocat au barreau de Paris ; la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS demande au juge des référés du tribunal :

1°) à titre principal, d'annuler la décision du 28 juin 2012, par laquelle la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a rejeté son offre pour l'attribution du lot n°1 de la construction de la piscine située sur le territoire de la commune de Pujols au lieu-dit « Malbentre », et la décision par laquelle ladite communauté a retenu l'offre de la société GTM Sud-Ouest Bâtiment ;

2°) d'enjoindre à la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois d'éliminer l'offre de la société GTM Sud-Ouest Bâtiment, de reprendre la procédure de passation au stade de l'attribution du lot n°1 avant la décision de la commission d'appel d'offres en se conformant à ses obligations ;

3°) en faisant application des dispositions des articles R. 623-1 et suivants du code de justice administrative, de faire confirmer par la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois l'absence de visite obligatoire des lieux par la société attributaire et la modification du planning contractuel prévu par les documents de la consultation ;

4°) à titre subsidiaire, enjoindre à la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois de reprendre la procédure de passation au stade de l'attribution du lot n°1 avant la décision de la commission d'appel d'offres et de se conformer à ses obligations ;

5°) de condamner la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois à lui payer la somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- que la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue d'assurer la construction d'une piscine à Malbentree ; qu'elle a décidé de participer à la procédure pour l'attribution du lot n°1, concernant les travaux de démolition, de fondation et de gros-cœuvre ; que, par télécopie du 28 juin 2012, la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois lui a signifié le rejet de son offre ; que, par courriers des 28 juin et 3 juillet 2012, elle a demandé la communication des motifs détaillés de ce rejet, sans obtenir de réponse à ce jour si ce n'est un début d'explications téléphoniques, ce qui constitue une violation des dispositions des articles 80 et 83 du code des marchés publics ;

- que la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a informé la société requérante, par téléphone, que l'entreprise attributaire a proposé une variante qui a été considérée comme économiquement plus avantageuse, motif pris notamment des délais plus compétitifs que ceux prévus par le planning contractuel et quand bien même celle-ci n'a pas procédé à la visite des lieux ;

- qu'elle est lésée par ces décisions au sens des jurisprudences du Conseil d'Etat des 3 octobre 2008, Smirgeomes (305420) et du 27 avril 2011, président du Sénat (n°344244) ; que les irrégularités relevées sont susceptibles d'avoir lésé la société exposante au stade de la préparation des offres, de leur notation et de leur sélection finale en avantageant, fût-ce de manière indirecte, une entreprise concurrente, et ce d'autant plus qu'elle a été classée en seconde position pour l'attribution du lot litigieux ;

- que les dispositions de l'article 50 du code des marchés publics ont été violées ; que les variantes, telles que définies par le Conseil d'Etat, (cf : CE 12 mars 2012, société Clear Channel France n° 353826), doivent être précises en ce qui concerne leur nature et leur étendue (cf : TA de Bordeaux du 14 mai 2009, Sté autocars Gérardin et 15 février 2011, Sté Terralys n°1100296) ; qu'en l'espèce, le règlement de consultation, en son article 2-2-1 indique que les candidats sont autorisés à présenter des variantes, mais le cahier des charges ne précise pas les exigences minimales à respecter ; que les autres pièces du marché ne donnent pas davantage de précision ; qu'en ne précisant pas les conditions de présentation des variantes, la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a autorisé des « variantes libres », qui sont formellement interdites dès lors qu'elles ont pour effet de modifier les besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur en application de l'article 5 du code des marchés publics ; qu'un tel système ne permet pas, en outre, de respecter l'égalité de traitement des candidats ainsi que la comparaison objective des offres au regard des critères de jugement de ces offres ; que, de ce fait, l'exposante n'a pas été en mesure d'améliorer son offre et de la rendre techniquement et économiquement plus attractive ; que le pouvoir adjudicateur, par ce dispositif, s'est laissé un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse ; que la lésion est d'autant plus établie que l'entreprise attributaire a obtenu le marché justement grâce à la présentation de plusieurs offres variantes ;

- que les articles 5.1 et 6 du règlement de la consultation ont été méconnus ; que l'offre de la société attributaire était irrégulière ; que l'article 5.1 du règlement prévoit que chaque soumissionnaire devra remettre à l'appui de son offre un certificat de visite des locaux, faute de quoi, selon l'article 6, toute offre irrégulière sera immédiatement écartée ; que la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a indiqué que l'offre variante de la société GTM a été retenue quand bien même cette dernière n'avait pas remis une attestation de visite ; que cette offre aurait dû être écartée comme irrégulière ; que l'article 6 du même règlement prévoit, en outre, que chaque soumissionnaire devra remettre à l'appui de son offre le planning contractuel du chantier,

lequel doit être signé et non modifié ; que l'offre de la société attributaire ne comprenait pas le planning contractuel du chantier signé et « non modifié » ; que l'admission d'une offre non conforme est de nature à fausser le jeu de la concurrence quel que soit le stade de la procédure si le candidat est déclaré tributaire du marché (CE 21 septembre 2011, département de la Haute-Savoie) ;

- qu'il y a lieu de faire application des dispositions des articles R.623-1 et suivants du code de justice administrative ; que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur refuserait de produire les documents, notamment le planning contractuel remis par la concurrente, signé et « non modifié », il appartiendra au juge de faire application des dispositions susmentionnées pour trancher le manquement invoqué ;

- qu'en application de l'article 6 du règlement de consultation, elle aurait dû se voir attribuer une note de 10 pour le critère n°3 « délai d'exécution » dès lors qu'elle a remis un planning signé non modifié ; que chaque candidat qui n'a pas remis un tel planning doit se voir octroyer une note de 0 ; qu'elle s'est vu attribuer seulement une note de 8,89/10 ; que le pouvoir adjudicateur est contraint de communiquer les motifs détaillés et les notes obtenues pour chaque critère, ainsi que le classement final ; que GTM aurait dû se voir décerner une note de 0 pour ce critère, alors qu'il apparaît qu'elle aurait obtenu la note maximale ;

- qu'il y a eu rupture d'égalité entre les candidats ; que la société requérante considère que l'irrégularité commise ne tient qu'à l'absence d'élimination de l'offre irrégulière de GTM ; qu'il suffit donc, pour rétablir la légalité, d'enjoindre au pouvoir adjudicateur d'éliminer l'offre de GTM et, au tribunal d'adresser au pouvoir adjudicateur une injonction en ce sens ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 11 juillet 2012, présenté pour la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Elle ajoute :

- que le rapport d'analyse des offres communiqué permet d'établir que l'entreprise attributaire a obtenu le marché grâce à la présentation de plusieurs offres variantes ;

- que l'offre de la société GTM Sud Ouest Bâtiment n'a pas fait l'objet, en violation de l'article 5.2, d'une présentation de la variante distincte de l'offre de base ;

- que le pouvoir adjudicateur n'a pas pu, en l'absence de présentation d'une offre de base par la société GTM Sud Ouest Bâtiment, comparer objectivement l'offre de base de la requérante avec celle de ladite société ;

- que la société GTM Sud Ouest Bâtiment n'a pas, en méconnaissance de l'article 6 du règlement de la consultation, remis à l'appui de son offre le planning contractuel du chantier daté et signé, comme l'indique le rapport d'analyse des offres ; qu'en lieu et place du planning contractuel du dossier de consultation, la société GTM Sud Ouest Bâtiment a remis un planning différent avec des délais ne correspondant pas à ceux du planning que le pouvoir adjudicateur demandait aux candidats d'accepter sans modification ; que l'offre étant irrégulière, le pouvoir adjudicateur était tenu de déclarer l'offre irrégulière et de ne pas l'analyser ;

- qu'en application de l'article 6 du règlement de consultation, la société GTM aurait dû se voir attribuer une note de 0 pour le critère n°3 « délai d'exécution » dès lors qu'elle a remis un planning signé non modifié ainsi que cela ressort du rapport d'analyse des offres ;

- que le pouvoir adjudicateur ne peut pas retenir pour apprécier les offres, des critères relatifs à la qualification professionnelle des soumissionnaires (CE 29 décembre 2006 Société Bertele SNC n°273783 et CAA Nantes 30 octobre 2009 SA Soletanche Bachy France n°09NT00334) ; qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a retenu comme critère de jugement de la valeur technique des offres le sous-critère « références des travaux » dont l'arrêté du 28 août 2006 pris pour l'application de l'article 45 du code des marchés publics précise que les références professionnelles ne peuvent être utilisées que pour apprécier la capacité des candidats ; que le processus d'analyse des offres s'est ainsi trouvé faussé car la notation du critère de la valeur technique a été réalisée au regard d'un élément qui ne doit pas être pris en compte à ce stade et que ce critère n'est pas opérationnel dans la mesure où les candidats ont déjà été présélectionnés et devraient à chaque fois obtenir le maximum de points soit 25 ;

- que la notice environnementale a été utilisée plusieurs fois pour la notation des offres sans que cela soit prévu par le règlement de consultation ; que ladite notice a été utilisée pour l'appréciation du sous-critère « références similaires » et du sous-critère « impact environnemental » ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 20 juillet 2012, présenté pour la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois par Me Cazcarra qui conclut au rejet de la requête et, en outre, à ce que la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS lui verse une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- que la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a adressé, le 5 juillet 2012, les motifs détaillés du rejet de son offre, lui permettant ainsi de disposer d'une information complète sur les motifs du rejet de son offre ;

- que l'article 50 du code des marchés publics n'est pas méconnu dès lors que l'ensemble du cahier des charges peut constituer les exigences minimales des variantes de l'appel d'offre ;

- que les variantes définies par l'article 2.1.1 du règlement de consultation le sont par référence aux exigences minimales du cahier des clauses techniques particulières ;

- que les modalités de présentation des variantes sont précisées par l'article 5.2 qui indique que les candidats présenteront un dossier général « variantes » comportant un sous-dossier particulier pour chaque variante qu'ils proposent ;

- que les variantes ont été présentées séparément de l'offre de base ;

- qu'aucune disposition réglementaire n'impose au pouvoir adjudicateur d'analyser les offres et les variantes de manière séparée ; qu'en tout état de cause, la commission d'appel d'offres a procédé à une analyse séparée de l'offre de base et des variantes ; que le moyen tiré du défaut d'analyse séparée est, en tout état de cause, sans influence sur la légalité des décisions en litige dès

lors que les trois variantes ont été rejetées par la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois ;

- que la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois n'a pas autorisé les candidats à présenter des variantes libres dès lors que les variantes devaient respecter les exigences minimales du cahier des clauses techniques particulières ;
- que les candidats qui disposaient de la faculté de présenter des variantes dans les mêmes conditions ont été placés dans les mêmes conditions, de sorte qu'il n'y a aucune rupture d'égalité de traitement entre les candidats ;
- que les variantes étant définies, la société requérante n'a pas été dans l'impossibilité d'améliorer son offre ou de la rendre techniquement et économiquement plus attractive ;
- qu'aucune des variantes proposées par la société GTM Sud Ouest Bâtiment n'ayant été retenue, la branche du moyen tirée de ce que la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois se serait laissée une liberté de choix discrétionnaire est dépourvue de tout fondement ;
- que la société GTM Sud Ouest Bâtiment a réalisé, ainsi que l'atteste le directeur de la piscine de Malbrente, une visite du site le 24 février 2012 avant le dépôt des offres ;
- que l'article 6 du règlement de consultation permet au pouvoir adjudicateur d'apprécier, sans nécessairement attribuer les notes de 10 ou 0 aux candidats, les plannings différents de celui prévu contractuellement ;
- que le planning de la société GTM Sud Ouest Bâtiment, différent du planning contractuel, et qui permet de réduire le délai d'exécution des travaux a obtenu la note maximale de 10 ; que la société GTM Sud Ouest Bâtiment ayant fourni un tel planning, elle n'a pas produit le planning contractuel ; que ledit planning est conforme au planning contractuel du dossier de consultation des entreprises dès lors qu'il respecte le délai global d'exécution ;
- qu'en tout état de cause, la modification du planning contractuel est sans influence dès lors que la société GTM Sud Ouest Bâtiment et la requérante ont obtenu la note maximale soit 10 ;
- que la demande d'enquête sollicitée, sur le fondement de l'article R. 623-1 du code de justice administrative, n'est pas justifiée, l'offre de la société GTM Sud Ouest Bâtiment ayant contenu le certificat de visite des locaux prescrit par l'article 5.1 du règlement de consultation et le planning contractuel requis par l'article 6 du même règlement ;
- que la société requérante n'a pas obtenu, comme elle l'affirme la note de 8,89 pour le critère relatif au délai d'exécution, mais la note maximale de 10 ;
- que la différence de classement entre la société requérante et la société attributaire est fondée sur la valeur technique de l'offre où la requérante a obtenu la note de 42 et la société attributaire 45 ;
- que l'article 6 du règlement de consultation n'a pas été méconnu dès lors que le planning fourni améliore le planning contractuel de 18 jours, la note de 10 pouvait lui être attribuée comme à la société requérante ;

- que le moyen tiré de l'illégalité du critère des offres (références travaux et notice environnementale) sera, en tout état de cause, écarté car les sociétés requérante et attributaire ont obtenu la même note de 20 sur 25, de sorte que la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS n'a pas été lésée; qu'à supposer même que la société requérante ait dû obtenir la note maximale, c'est-à-dire 25 points, cela resterait sans incidence sur le classement des offres, la société attributaire ayant alors dû également obtenir une note de 25 ;

- qu'en tout état de cause, la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois pouvait ainsi qu'elle l'a fait à l'article 5.1 du règlement de la consultation demander aux sociétés concurrentes la production des dernières références de travaux techniquement ou de complexités similaires au stade de la sélection des offres dans la mesure où ce document ne figure pas parmi la liste exhaustive des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats par les pouvoirs adjudicateurs, fixée par l'arrêté du 28 août 2006 ; que ce critère permet d'apprécier concrètement la faisabilité et la viabilité de l'offre technique proposée ;

- que la notice d'impact environnemental n'a pas été utilisée comme critère de notation pour le sous-critère « références similaires » mais la commission d'appel d'offres s'est bornée à la viser comme l'atteste le tableau d'analyse des offres ; qu'à l'inverse, la prise en compte de cette notice pour l'appréciation du sous-critère « impact environnemental » est justifiée pour évaluer l'impact environnemental des solutions proposées par les sociétés concurrentes ;

- que la société requérante, qui a fourni la notice environnementale, n'est pas, en tout état de cause, lésée par ce prétendu manquement ;

- que les conclusions de la société requérante tendant à ce que le tribunal ordonne à la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois d'éliminer l'offre de la société GTM Sud Ouest Bâtiment et de reprendre la procédure de passation au stade de l'attribution du lot n°1 avant la décision de la commission d'appel d'offres ne peuvent, en tout état de cause, qu'être rejetées, la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois ayant la faculté, dans l'hypothèse où le tribunal annulerait la procédure de passation pour le lot n°1, de renoncer à la procédure et de choisir de lancer un nouvel appel d'offres ;

Vu le mémoire, enregistré le 20 juillet 2012, présenté pour la société GTM Sud Ouest Bâtiment par Me Dufranc de la société civile professionnelle d'avocats AVOCAGIR qui conclut à titre principal, au rejet de la requête et à titre subsidiaire, à ce que le tribunal constate que l'offre présentée par la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS est irrégulière et à ce qu'il soit enjoint à la communauté d'agglomération du grand Villeneuvois d'éliminer l'offre de cette société et de reprendre la procédure de passation au stade de l'attribution du lot n°1, et en tout état de cause, à ce que la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS lui verse une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle fait valoir :

- que l'article 50 du code des marchés publics n'a pas été méconnu dès lors que celui-ci prévoit la possibilité de variantes dont les exigences minimales sont définies par référence au cahier des charges ; que la société GTM Sud Ouest Bâtiment a présenté trois variantes dont la première et la deuxième concernent le cuvelage des locaux techniques névralgiques et la troisième les élévations de poteaux et poutres des files C, K et 8 de la halle des bassins ; qu'un dossier technique a été remis pour chaque variante et les répercussions de chaque variante sur le montant de l'offre explicitées ;

que le cahier des charges prévoit des exigences minimales en matière de variantes (article 01.2.14.27 « cuvelage des locaux techniques névralgiques ») ;

- que l'article 5.1 du règlement de consultation n'a pas été méconnu, le certificat de visite signé par M. Brezillon le 24 février 2012 ayant été produit à l'appui de l'offre présentée ;

- que l'article 6 du règlement de consultation a été respecté, la société concluante ayant produit un planning de réalisation des travaux sur une durée de 19 mois conformément à l'avis d'appel public à la concurrence qui indiquait que le chantier devait être réalisé globalement sur une durée de 19 mois ;

- que l'article 6 du règlement de consultation doit être analysé comme obligeant les sociétés soumissionnaires à fournir un planning respectant le délai pré contractuel de neuf mois et non interdisant à une société de proposer un délai de réalisation plus court ;

- qu'à titre subsidiaire, la société GTM Sud Ouest Bâtiment conteste la régularité de l'offre remise par la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS dès lors que le délai de réalisation est de 180 jours ;

- que la société GTM Sud Ouest Bâtiment et la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS ont obtenu la même note de 10/10 concernant le critère relatif au planning des travaux ;

- que la société GTM Sud Ouest Bâtiment n'ayant pas présenté de variantes mais une offre de base incorporant des variantes, le pouvoir adjudicateur n'avait pas à procéder à une analyse des offres intégrant une offre de base de la société concluante dès lors que l'article 16 du décret du 25 août 2011 met fin à l'exigence de présentation des variantes avec l'offre de base ;

- que les documents sollicités relatifs aux références professionnelles sont conformes aux dispositions de l'arrêté du 28 août 2006 ; que l'éventuel manquement allégué aux obligations de publicité de mise en concurrence n'a pas lésé la société requérante ;

- que le rapport d'analyse des offres, le contrat n'ayant pas encore été signé, constitue un document non communicable à des tiers, qui en application de l'article R. 611-1 du code de justice administrative devra être écarté des débats ; qu'en tout état de cause, la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a commis une erreur purement matérielle en indiquant, dans la colonne référence similaire, que la notice environnementale était jointe tant pour la société requérante que pour la société GTM Sud Ouest Bâtiment ; qu'aucune appréciation n'a été portée sur la qualité de cette notice environnementale ; que les deux sociétés ont obtenu la même note de 20/25 ; que dans le cadre de l'analyse de l'impact environnemental, la commission d'appel d'offres a procédé à une analyse précise de la notice environnementale et de l'impact des travaux ; que la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS ne démontre pas avoir été lésée par le manquement éventuel ;

Vu le mémoire complémentaire, enregistré le 23 juillet 2012, présenté pour la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Elle ajoute :

- que la notion de variante doit être définie par des spécifications techniques décrites dans les documents de consultation (CE 5 janvier 2011 Société Technologie Alpine Sécurité n°343206) ; que, par définition, une variante n'est pas conforme aux spécifications techniques prévues par l'offre de base ; que la société requérante n'a pas été en mesure de proposer, en l'absence d'une définition des exigences du pouvoir adjudicateur, une offre variante qui aurait pu lui permettre d'améliorer son offre ;
- qu'en l'absence d'une définition des variantes autorisées, une offre remise à côté de l'offre de base est irrégulière et doit être rejetée, tout comme l'offre de base ;
- que l'attribution d'un marché à une entreprise dont la candidature ou l'offre aurait dû être écartée lèse les autres candidats (CE 21 septembre 2011 Département de la Haute-Savoie n°350153) ;
- que les variantes ont été prises en compte dans l'analyse de l'offre de base de la société GTM Sud Ouest Bâtiment ;
- que s'agissant du critère technique, le rapport d'analyse des offres ne permet pas d'établir que les variantes n'auraient pas été prises en compte ou même rejetées ;
- que l'offre de la société GTM Sud Ouest Bâtiment n'est pas régulière et aurait dû être rejetée dès lors qu'elle n'a pas remis le calendrier prévisionnel signé et non modifié comme l'exige l'article 2.1 du règlement de consultation qui indique que « les délais d'exécution des travaux sont fixés à l'acte d'engagement et ne peuvent en aucun cas être modifiés. » ;
- qu'en tout état de cause, à supposer même que l'offre de la société attributaire était régulière, la note attribuée aurait dû être de 0/10 ;
- que l'utilisation de la notice environnementale dans le cadre du critère « références » méconnaît le principe d'impartialité des procédures d'adjudication dès lors que le recours à ce critère n'était pas connu avant la remise des offres ;
- que la société requérante n'a pas à prouver que ses intérêts sont lésés mais uniquement qu'ils sont susceptibles de l'être ; que toute entreprise est susceptible d'être pénalisée par l'incertitude pesant sur les caractéristiques essentielles de la prestation attendue ou sur les critères de sélection (CE 3 octobre 2008 SMIRGEOMES n°305420) alors même que les deux entreprises soumissionnaires ont obtenu la même note ;
- qu'une déclaration sans suite de la procédure pour motif d'intérêt général ne doit pas être justifiée par la volonté d'évincer le candidat ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse ;

Vu les observations orales présentées pour la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS reprenant les moyens de ses précédentes écritures et exposant notamment que le règlement de la consultation n'a pas défini la variante qu'elle autorise ; que la simple référence aux normes définies par le cahier des charges techniques n'est pas suffisante pour donner un contenu à la variante autorisée en l'absence de toute précision ; que la société GTM Sud-Ouest Bâtiment a présenté des

variantes qui ne dérogent pas au cahier des charges techniques qui ne peuvent donc pas être considérées comme telles ; que les variantes ont été prises en compte dans le rapport d'analyse des offres ; que les intérêts de la requérante ont été lésés ; que l'offre irrégulière de la société GTM Sud-Ouest Bâtiment aurait dû être rejetée dès lors qu'elle ne pouvait pas communiquer un planning avec un délai d'exécution différent et qu'elle n'a pas présenté, en outre, de planning défini contractuellement par l'article 2-1 du règlement du marché ; que la communauté d'agglomération du grand Villennois n'a pas entendu permettre de dérogation au planning contractuel ; qu'en application de l'article 6 du règlement de consultation, la société GTM Sud-Ouest Bâtiment aurait dû obtenir la note de 0 sur 10 dès lors qu'elle n'a pas fourni le planning contractuel ; qu'elle a fourni le planning concernant le lot n°1 ; que le principe d'égalité de traitement entre les candidats a été méconnu et les intérêts de l'entreprise requérante lésés, l'octroi d'une telle note ayant eu nécessairement un impact sur le classement des offres, la société GTM Sud-Ouest Bâtiment ayant obtenu un total de 81,4 points et la société requérante 81,41 points ; que l'utilisation d'un sous-critère « trois dernières références de travaux techniquement ou de complexité similaires » prévu par le règlement du marché est irrégulière dès lors que cela relève de l'appréciation des capacités et non de l'examen des offres ; que la prise en compte de la notice environnementale dans le sous-critère « références similaires » et non seulement dans le sous-critère « impact environnemental » est irrégulière dès lors que cet élément est sans rapport avec l'appréciation des références similaires et a été susceptible de léser la requérante ;

Vu les observations orales présentées pour la communauté d'agglomération du Grand Villennois reprenant les moyens de ses précédentes écritures et exposant notamment que l'article 50 du code des marchés publics autorise la présentation de variantes sans offre de base ; que des variantes techniques plus performantes peuvent être présentées dans tous les marchés ; que les variantes étaient autorisées et suffisamment définies par la référence au respect du CCTP ; que les modalités de présentation des variantes ont été définies ; que la commission d'appel d'offres a fait une analyse séparée de l'offre de base et des variantes ; que l'offre de base a été retenue ; que le planning des travaux ne faisant pas de différence entre le délai global de réalisation de la construction et le délai d'exécution de chaque lot, la circonstance que la société GTM Sud-Ouest Bâtiment ait produit un planning pour le lot en litige plus court qui respecte, en tout état de cause, le délai contractuel qui concerne seulement le délai global, n'est pas de nature à établir une violation de l'article 2.1 du règlement de consultation ; que l'utilisation d'un sous-critère « références similaires » ne relève pas de l'appréciation des candidats mais de celle de l'offre technique ; que la mention « notice environnementale » dans la colonne de l'analyse des offres est une erreur et cet élément n'a pas été pris en compte dans l'appréciation de ce sous-critère mais dans celui du sous-critère « impact environnemental » ;

Vu les observations orales présentées pour la société GTM Sud-Ouest Bâtiment reprenant les moyens de ses précédentes écritures et exposant notamment que les trois variantes proposées ont été présentées de manière distincte avec une indication de leur répercussion sur le prix ; que les variantes sont suffisamment définies par la référence au CCTP et notamment l'article relatif au cuvelage ; qu'il n'y a pas d'offre de base qui ait été présentée mais une offre comportant des variantes conformément au décret du 25 août 2011 ; que les variantes proposées n'ont pas été retenues de sorte que la société requérante ne peut utilement invoquer une lésion quelconque ; que concernant le planning des travaux, la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS, qui a communiqué un planning gros œuvre et non tout corps d'Etat, n'a pas présenté une offre régulière ; qu'en tout état de cause, la société requérante n'a pas été lésée car elle a obtenu la même note que la société GTM Sud-Ouest Bâtiment pour les sous-critères planning de la construction et références similaires ; que la notice environnementale a été utilisée pour les sous-critères « références similaires » et « impact environnemental » ; que le rapport d'analyse des offres doit être écarté des pièces de la procédure ;

Vu la décision du 1^{er} septembre 2011 par laquelle le président du tribunal a désigné Mme Billet-Ydier, premier conseiller, 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, à l'audience publique tenue au tribunal le 24 juillet 2012 à 10 heures, les parties ayant été régulièrement convoquées, fait le rapport et entendu les observations de Me d'Albois, substituant Me Palmier, avocat au barreau de Paris, représentant la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS, de Me Cazcarra, avocat au barreau de Bordeaux, représentant la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois et de Me Daunis, substituant Me Dufranc, avocat au barreau de Bordeaux, représentant la société GTM Sud-Ouest Bâtiment, en présence de M. Dauriac et Mlle Baumard, représentants de la société GTM ;

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

Sur la demande de non communication du rapport d'analyse des offres :

Considérant que la société GTM Sud-Ouest Bâtiment demande, dans son mémoire enregistré le 20 juillet 2012, sur le fondement de l'article R. 611-1 du code de justice, au juge des référés d'écarter des débats le rapport d'analyse des offres établi par la commission d'appel d'offres au motif que ce document ne peut être communiqué à des tiers, le contrat relatif au lot n°1 n'étant pas encore signé ; que cette demande ne peut qu'être écartée, cette pièce qui a été communiquée par la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois à l'appui de son mémoire en défense, faisant partie des pièces de la procédure et ne portant pas atteinte au secret industriel et commercial ;

Sur le bien-fondé des conclusions aux fins d'annulation de la procédure de passation du marché :

Considérant qu'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 (...). / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat » ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 du même 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 et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) » ; 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 auxquels ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ;

Considérant que, par un avis public à la concurrence publié le 20 octobre 2011, la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a lancé une consultation selon la procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public de travaux pour la construction d'une piscine située sur le territoire de la commune de Pujols au lieu-dit « Malbentre », marché décomposé en vingt-trois lots techniques dont le lot n°1 « démolitions – fondations – gros œuvre » ; que la commission d'appel d'offres de la communauté d'agglomération a déclaré le lot n°1 infructueux au regard du faible nombre d'offres et du montant important dudit lot ; que la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 24 janvier 2012, a lancé une nouvelle consultation, selon une procédure d'appel d'offres ouvert, sur le fondement du 3^{ème} alinéa de l'article 33 du code des marchés publics ; que la société GTM Sud-Ouest bâtiment s'est vu attribuer le lot n°1 du marché aux dépens de l'offre de la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS, classée deuxième qui a été informée du rejet de son offre par une décision de la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois du 28 juin 2012 ; que la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS demande, en application des dispositions précitées des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, que le juge des référés annule les décisions se rapportant à la passation du lot n°1 et ordonne au pouvoir adjudicateur de se conformer à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant qu'aux termes 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. / 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 que les variantes, qui doivent être expressément autorisées par le pouvoir adjudicateur, consistent en une modification, à l'initiative du candidat, de certaines spécifications des prestations décrites dans le dossier de consultation en vue de présenter des propositions financières plus intéressantes ou des propositions techniques plus performantes que celles qui pourraient découler des seules offres de base ; que les candidats ne peuvent proposer de variantes que pour les spécifications qui ne sont pas désignées comme des exigences minimales à respecter dans les documents de la consultation et qui constituent les caractéristiques essentielles du marché ; que les modalités de présentation de ces variantes doivent également, sans qu'aucun formalisme particulier ne s'impose, être précisées dans les documents de la consultation en vue de garantir une comparaison objective des différentes solutions de variantes proposées ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que selon les termes de l'article 2-2-1 du règlement de la consultation : « Les concurrents doivent présenter une offre entièrement conforme au dossier de consultation (solution de base) mais ils peuvent également présenter, conformément à l'article 50 du code des marchés publics, une offre comportant des variantes qui doivent respecter les exigences minimales suivantes : les variantes respecteront le CCTP. » ; que, toutefois, le cahier des clauses techniques particulières ne comporte pas d'éléments permettant d'apporter des indications sur la nature ou l'étendue des variantes que le pouvoir adjudicateur se proposait d'admettre ni de précisions permettant de déterminer les caractéristiques minimales de l'offre de base qui ne pourraient être affectées par d'éventuelles variantes ; que le point 01.2.14.27 dudit cahier des clauses techniques particulières relatif au cuvelage des locaux techniques névralgiques ne définit pas, contrairement aux affirmations de la société GTM Sud-Ouest Bâtiment, de variante ; que, dans ces

conditions, la requérante est fondée à soutenir que la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois a méconnu les dispositions précitées de l'article 50 du code des marchés publics ; que, contrairement à ce que soutient la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois, ce manquement est susceptible d'avoir lésé les intérêts de la requérante, qui n'a pas présenté de variante alors que la société GTM Sud-Ouest Bâtiment en a présenté trois qui n'ont d'ailleurs pas fait l'objet d'un examen distinct de celui de l'offre de base ; qu'en l'absence de précisions sur les variantes, la société requérante n'a pas été en mesure d'améliorer son offre et de la rendre techniquement et économiquement plus attractive, nonobstant les circonstances que l'offre retenue par la communauté d'agglomération du grand Villeneuvois est l'offre de base ; qu'eu égard à la portée de l'irrégularité constatée et au stade de la procédure auquel elle se rapporte, le manquement invoqué est susceptible d'avoir lésé la société requérante au sens des dispositions précitées du code de justice administrative ; que ledit manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence est de nature à affecter la régularité de la procédure de passation du marché ; que, contrairement aux affirmations de la société GTM Sud-Ouest Bâtiment, il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'analyse des offres que l'offre présentée par la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS inclut le planning contractuel du dossier de consultation signé conformément aux exigences énoncées au point 3 de l'article 6 du règlement de consultation ; que l'offre présentée par la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS est, à cet égard, régulière ; qu'il suit de là, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS est fondée, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur ses demandes accessoires eu égard au motif d'annulation retenu, à demander l'annulation de la procédure d'appel d'offres mise en œuvre pour l'attribution du lot n°1 du marché dont s'agit ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

Considérant que la présente ordonnance implique que, si elle entend poursuivre son projet de passation du marché litigieux, la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois reprenne intégralement la procédure concernant le lot n°1 ; qu'il y a lieu dès lors, en application des dispositions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, d'enjoindre à la communauté d'agglomération de reprendre intégralement la procédure de passation du marché ;

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

Considérant que, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS, qui n'est pas la partie perdante, la somme réclamée par la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois et la société GTM Sud-Ouest Bâtiment sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; qu'il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois une somme de 1 200 euros à verser à la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS sur le même fondement ;

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché portant sur le lot n° 1 « démolitions – fondations – gros œuvre » de la construction de la piscine située sur le territoire de la commune de Pujols au lieu-dit « Malbentre » est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois, si elle entend poursuivre son projet de marché, de recommencer l'ensemble de la procédure de passation du marché concernant le lot n°1.

Article 3 : La communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois versera à la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS une somme de 1 200 (mille deux cents) euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois et de la société GTM Sud-Ouest Bâtiment sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : Le surplus des conclusions présentées par les parties est rejeté.

Article 6 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE ENTREPRISE DU BATIMENT DUS, à la société GTM Sud-Ouest Bâtiment et à la communauté d'agglomération du Grand Villeneuvois.

Fait à Bordeaux, le 27 juillet 2012

Le juge des référés,

Le greffier

F. BILLET-YDIER

S. FRECHIC

La République mande et ordonne au préfet de Lot-et-Garonne 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,