

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CAEN**

N° 2201981

SOCIETE LEMASSON

Mme Ingrid Sénécal
Rapporteure

Mme Céline Absolon
Rapporteure publique

Audience du 6 février 2024
Décision du 20 février 2024

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Caen

(3^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires, enregistrés le 29 août 2022, les 6 avril, 23 et 29 novembre 2023, la société Lemasson, représentée par Me Gorand, demande au tribunal :

1°) d'annuler ou résilier le contrat conclu entre la région Normandie et la société AMC Folliot le 29 juin 2022 relatif au lot n° 5 « menuiseries extérieures aluminium » du marché de travaux de restructuration de l'internat et de l'espace vente et d'accessibilité du lycée Sauxmarais de Cherbourg-en-Cotentin ;

2°) de condamner la région Normandie à lui verser la somme de 36 134 euros, à parfaire, en réparation des préjudices subis en raison de l'éviction irrégulière de son offre, assortie des intérêts au taux légal majoré à compter de la date de réception de sa réclamation préalable avec capitalisation des intérêts ;

3°) de mettre à la charge de la région Normandie une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la région Normandie a méconnu les articles L. 2152-7 et R. 2152-7 du code de la commande publique ; le troisième critère de sélection des offres relatif à « l'apprentissage » et sa méthode de notation n'est ni lié à l'objet du marché, ni aux conditions d'exécution du lot n° 5

relatif à la fourniture et à la pose de menuiseries extérieures en aluminium ; il est relatif à la politique générale des entreprises candidates en matière sociale et est apprécié sans s'attacher aux conditions d'exécution propres du marché en cause ; il est discriminatoire et ce, au détriment des petites entreprises ; au surplus, le principe de la liberté d'accès à la commande publique est méconnu ;

- elle a été irrégulièrement évincée de la procédure de passation du lot n° 5 ; en l'absence de mise en œuvre du troisième critère irrégulier, son offre était la mieux-disante ; elle doit être indemnisée du préjudice ainsi subi à hauteur de 36 134 euros, correspondant au bénéfice net avant impôt sur les sociétés que lui aurait procuré l'exécution de ce marché public.

Par des mémoires, enregistrés les 10 mars et 19 décembre 2023, la région Normandie, représentée par Me Pezin et Me Cabanes, conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société requérante au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le moyen tiré de l'irrégularité du troisième critère de sélection des offres et de sa méthode de notation est inopérant ; en tout état de cause, il n'est pas fondé ;
- l'irrégularité invoquée ne justifie pas qu'il soit mis fin de manière anticipée au marché en cause ; en outre, l'annulation du marché porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ;
- la réalité et le caractère certain du préjudice, dans son principe et son quantum, ne sont pas établis.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Sénecal,
- les conclusions de Mme Absolon,
- et les observations de Me Sanson, représentant la requérante, et de Me Pezin, représentant la région Normandie.

Considérant ce qui suit :

1. La région Normandie a lancé, dans le cadre d'une procédure adaptée, une consultation en vue de l'attribution d'un marché public de travaux alloti pour la restructuration de l'internat et de l'espace de vente et l'accessibilité du lycée Sauxmarais de Cherbourg-en-Cotentin. Par un courrier du 29 juin 2022, la société Lemasson a été informée que l'offre qu'elle avait déposée pour le lot n° 5, relatif à la fourniture et à la pose de menuiseries extérieures en aluminium, avait été classée en deuxième position et que le marché était attribué à la société AMC Folliot pour un montant de 400 000 euros hors taxes. La société Lemasson, dont la requête en référé précontractuel a été rejetée au motif que le marché public avait été signé, le 29 juin 2022, avant la saisine du juge, a adressé à la région Normandie, par courrier du 25 août 2022, une demande pour être indemnisée des préjudices nés de son éviction irrégulière, réclamation implicitement rejetée. Elle demande au

tribunal de condamner la région Normandie à lui verser la somme de 36 134 euros qui correspondrait à son manque à gagner.

Sur les conclusions à fin d'annulation ou de résiliation :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Les tiers, autres que le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale, ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

En ce qui concerne la validité du contrat :

3. Aux termes de l'article L. 2112-2 du code de la commande publique : « *Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet. / Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations* ». Aux termes de l'article L. 2112-3 du même code : « *Les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux (...) objet du marché, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie sont réputées liées à l'objet du marché. (...)* ». Aux termes de l'article L. 2112-4 de ce code : « *L'acheteur peut imposer que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché (...) soient localisés sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations (...) sociales (...)* ». Aux termes de l'article L. 2152-7 du code précité : « *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. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire. / (...) / Le lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément aux articles L. 2112-2 à L. 2112-4* ». Aux termes de l'article R. 2152-7 du même code : « *Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : / 1° Soit sur un critère unique qui peut être : a) Le prix, (...); b) Le coût (...); / 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants : a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, (...) / (...) / D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. (...)* ».

4. Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins. Ces critères doivent être liés à l'objet

du marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause.

5. Pour le jugement des offres, l'article 8.2 du règlement de consultation énonce trois critères de sélection que sont le prix, la valeur technique et l'apprentissage, respectivement pondérés à hauteur de 40 %, 50 % et 10 % de la note totale. Le critère « apprentissage » est subdivisé en deux sous-critères relatifs à la situation de l'entreprise candidate au 31 décembre 2020 et au nombre d'apprentis et de contrats de professionnalisation qui seront affectés au chantier, pondérés respectivement à hauteur de 4 % et 6 % de la note totale. Le même article précise que chaque candidat se verra attribuer une note globale sur 100 et que les critères et sous-critères sont respectivement notés sur 5. Cet article prévoit par ailleurs que le critère de l'apprentissage sera apprécié à partir de l'annexe « apprentissage » au cadre de réponse et d'une grille de notation. Celle-ci prévoit, concernant le premier sous-critère relatif à la situation au 31 décembre 2020, un nombre de points attribué en fonction du taux d'apprentissage de la manière suivante : 0 en l'absence d'apprenti ou de contrat de professionnalisation, 1 point pour un taux compris entre 0 et 5 %, 2 points entre + 5 et 10 %, 3 points entre + 10 et 15 % et 4 points pour un taux supérieur à 15 %. Concernant le deuxième sous-critère, la grille de notation indique qu'un nombre de points est attribué en fonction du nombre d'apprenti et de contrat de professionnalisation affecté à l'exécution du marché comme suit : aucun point en l'absence d'apprenti et de contrat, deux points en présence d'un apprenti et d'un contrat, quatre points en présence de deux apprentis et contrats et six points pour plus de trois apprentis et contrats. L'article 8.2 du règlement de consultation précise enfin que la grille de notation sera appliquée en tenant compte de chaque coefficient de pondération défini. Il ressort en outre du cadre de réponse intitulé « Apprentissage » annexé au dossier de consultation des entreprises auquel renvoie l'article 8.2 du règlement de consultation que le pouvoir adjudicateur demande que le candidat l'informe de son engagement sur l'année 2021 à maintenir le nombre d'apprentis ou à conclure des contrats supplémentaires d'apprentissage ou de professionnalisation.

6. Il est constant que le lycée Sauxmarais de Cherbourg-en-Cotentin, où doivent être réalisés les travaux de restructuration de l'internat et de l'espace vente et d'accessibilité, est un lycée professionnel accueillant des formations en alternance à vocation d'apprentissage, que la région Normandie entend promouvoir dans le cadre de ses compétences en matière de formation professionnelle. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que les prestations attendues consistant en la fourniture et la pose de menuiseries extérieures sont susceptibles d'être partiellement ou totalement exécutées par des apprentis ou des bénéficiaires d'un contrat de professionnalisation. Dans ces conditions, le sous-critère relatif au nombre d'apprentis ou de salariés en contrats de professionnalisation mis à disposition par l'entreprise pour l'exécution du marché, retenu pour évaluer l'offre des candidats, est en rapport avec l'objet de ce marché de travaux publics qui est susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel en apprentissage. Par suite, la société Lemasson n'est pas fondée à soutenir que ce sous-critère ne présente pas de lien avec l'objet du marché et ne pouvait légalement être retenu. En revanche, le sous-critère tenant à la situation de l'entreprise au regard du nombre d'employés en apprentissage au 31 décembre 2020, assorti de la demande faite aux candidats d'indiquer leur intention de maintenir le nombre d'apprentis ou de recourir à des contrats supplémentaires sur l'année 2021 ne concerne pas les conditions dans lesquelles l'entreprise candidate exécuterait le marché en litige mais porte sur l'ensemble de son activité et a pour objectif d'évaluer sa politique générale en matière d'apprentissage, sans s'attacher aux éléments caractérisant le processus spécifique de réalisation

des travaux prévus par le contrat. Il résulte toutefois de l'instruction que la société Lemasson a obtenu deux points au titre de ce second critère alors que l'attributaire du marché ne s'est vu attribuer qu'un seul point. Par suite, l'irrégularité du sous-critère n'a pas eu pour effet de la désavantager. Enfin, il ne résulte pas de l'instruction que le critère de sélection relatif au nombre d'apprentis ou de salariés en contrats de professionnalisation mis à disposition par l'entreprise pour l'exécution du marché serait discriminatoire, au détriment des petites entreprises, dès lors notamment qu'elles peuvent bénéficier des aides financières régionales de soutien à l'apprentissage. Dans ces conditions, et alors qu'il résulte de l'instruction qu'une erreur de notation a été commise au détriment de l'attributaire du marché au titre du sous-critère relatif au nombre d'apprentis et de salariés en contrat de professionnalisation affectés à l'exécution du marché, l'entreprise retenue devant se voir attribuer six points au lieu de cinq, la société Lemasson, n'est pas fondée à invoquer la méconnaissance, par le pouvoir adjudicataire, des articles L. 2152-7 et R. 2152-7 du code de la commande publique.

7. Il résulte de ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation du marché en cause ainsi que, par voie de conséquence, les conclusions à fin de condamnation, doivent être rejetées.

Sur les frais exposés et non compris dans les dépens :

8. 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 région Normandie, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, une somme au titre des frais exposés par la société Lemasson. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société requérante la somme de 1 500 euros à verser à la région Normandie à ce même titre.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête de la société Lemasson est rejetée.

Article 2 : La société Lemasson versera la somme de 1 500 euros à la région Normandie en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la société Lemasson, à la société AMC Folliot et à la région Normandie.

Délibéré après l'audience du 6 février 2024 à laquelle siégeaient :

- Mme Rouland-Boyer, présidente,
- Mme Sénécal, première conseillère,
- Mme Créantor, conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 20 février 2024.

La rapporteure,

La présidente,

Signé

Signé

I. SENECAI

H. ROULAND-BOYER

La greffière,

Signé

E. BLOYET

La République mande et ordonne au préfet de la Manche en ce qui le concerne, ou 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 décision.

Pour expédition conforme,
La greffière,

E. BLOYET