

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N°1501577

Préfet de la Vendée

M. Dussuet
Président-rapporteur

Mme Rosemberg
Rapporteur public

Audience du 27 avril 2016
Lecture du 25 mai 2016

39-02-005

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Nantes

(2^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Par un déféré et un mémoire enregistrés le 23 février 2015 et le 10 février 2016, le préfet de la Vendée demande au Tribunal d'annuler le marché de travaux d'aménagement et d'entretien de voiries pour l'année 2014-2015 conclu entre la commune de Brétignolles-sur-Mer et le groupement GTP/Atlan'route.

Il soutient que le règlement de la consultation ne définit pas les modalités permettant de comparer les offres de base et les variantes et, par suite, de déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement, et que, dès lors, le groupement GTP/Atlan'route ne pouvait être retenu sans méconnaître les principes fondamentaux de la commande publique.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 19 juin 2015 et le 24 mars 2016, la commune de Brétignolles-sur-Mer conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- à titre principal, la requête est tardive : la commune a transmis le marché querellé le 7 octobre 2014 ; que le préfet avait donc jusqu'au 8 décembre 2014 pour former un recours contre ce marché ; que le courrier du 1^{er} décembre ne peut être regardé comme prorogeant le délai de recours ;

- à titre subsidiaire, le marché autorisait les candidats à remettre une offre variante relative au revêtement de la piste cyclable du littoral ; que la possibilité de proposer un matériau alternatif au béton bitumineux constituait en réalité une option ou prestation supplémentaire éventuelle ; que le pouvoir adjudicateur n'était tenu de procéder qu'à un classement des offres de base, le choix de retenir une prestation supplémentaire éventuelle intervenant lors de l'attribution du marché ; qu'en égard au fait que le matériau prévu par le prix « CS570 a » n'apportant pas les mêmes garanties de durabilité que ceux prévus par le prix « CS 570 », la commune a décidé de ne pas retenir cette prestation supplémentaire et de ne retenir que l'offre de base de la société GTP ;

- en tout état de cause l'irrégularité invoquée ne peut être considérée d'une gravité telle qu'elle justifierait l'annulation du marché ; que le fait d'avoir retenu l'offre de la société GTP ne constitue qu'une irrégularité sans conséquence sur l'égalité de traitement entre les candidats et la validité du consentement de la commune ; qu'à l'issue de l'analyse des offres, l'offre de base de GTP a été classée 1^{ère}, la commune ne souhaitant pas retenir l'offre portant sur l'option ; que les travaux de reprise du revêtement de la piste cyclable sont destinés à la création de la section vendéenne de l'Eurovélo, laquelle est d'intérêt général ; que les travaux d'aménagement du giratoire du boulevard du sud au niveau des halles sont destinés à anticiper l'importante fréquentation estivale ; que la nécessité de voir subsister les garanties post-contractuelles, suite à l'exécution complète du marché, ferait obstacle à ce que soit prononcée l'annulation du marché de travaux attribué pour une réalisation des travaux avant l'été ;

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- 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 M. Dussuet, président rapporteur,
- les conclusions de Mme Rosenberg, rapporteur public,
- et les observations de Mme Bessonnet, représentant le Préfet de la Vendée, et de Me Gourdain, représentant la commune de Brétignolles-sur-Mer.

1. Considérant que, par un avis d'appel à la concurrence publié le 7 avril 2014, la commune de Brétignolles-sur-Mer a engagé une procédure adaptée, selon les dispositions de l'article 28 du code des marchés publics, en vue de la conclusion d'un marché de travaux d'aménagement et d'entretien de voiries pour l'année 2014-2015 ; que l'attributaire de ce marché devait se voir confier la réalisation d'une tranche ferme concernant divers travaux au titre desquels figurait notamment la reprise du revêtement de la piste cyclable du littoral ainsi que deux tranches conditionnelles, l'une relative à l'aménagement du giratoire du boulevard du Sud et l'autre relative à la réalisation d'enduits bitumineux sur les voies communales ; que le règlement de la consultation prévoyait en son article 2.4 qu'aucune option n'était proposée aux

candidats, qui pouvaient toutefois présenter des variantes sur le revêtement de la piste cyclable du littoral, au titre du prix « CS 570 a », mentionné à l'article 3-2-6 du CCTP et au bordereau des prix unitaires – à savoir, la mise en place, au lieu du béton bitumineux beige, de matériaux clairs stabilisés reconstitués en centrale, identiques aux revêtements mis en œuvre sur les pistes départementales, constitués de granulats de carrière – les candidats n'étant pas autorisés à remettre une offre portant uniquement sur la variante, et les matériaux proposés devant répondre aux exigences du CCTP pour une qualité équivalente ou supérieure ; que l'article 5 du règlement de la consultation prévoyait par ailleurs que les offres seraient examinées selon deux critères : le prix des travaux pondéré à 60%, et la valeur technique, appréciée au regard des indications portées au mémoire technique, pondérée à 40% ; que deux candidats ont présenté une offre avant la date limite fixée au 24 juillet 2014, chacun ayant déposé, outre une offre de base, une offre comprenant la variante autorisée ; que la commune a alors procédé à l'analyse de ces offres en procédant à deux classements distincts : d'une part, les offres sans variante et d'autre part, les offres avec variante ; que l'offre du groupement des sociétés GTP et Atlan'route a été classée première des offres sans variante avec une note de 10/10 ; que l'offre de la société Colas a été classée première des offres avec variante avec une note de 10/10 ; que chacune de ces offres a notamment reçu la note de 10 sur le critère de la valeur technique par application de sous-critères identiques, au demeurant non portés à la connaissance des candidats dans le règlement de la consultation ; que la commune a finalement attribué le marché au groupement GTP/Atlan'route au titre de son offre de base, le marché étant conclu le 7 octobre 2014, puis transmis au préfet de la Vendée dans le cadre du contrôle de légalité ; que le préfet, estimant que le règlement de la consultation n'ayant prévu aucune modalité de départage des offres sans ou avec variante en cas d'égalité, le choix de l'attributaire avait été effectué en méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, demande au Tribunal d'annuler ce marché ;

Sur la fin de non recevoir opposée en défense :

2. Considérant d'une part, qu'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 ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ;

3. Considérant d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales : « *Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission (...)* » ; que, sauf dans le cas où des dispositions législatives ou réglementaires ont organisé des procédures particulières, toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai ; que ce principe s'applique au déféré préfectoral prévu par les dispositions précitées de l'article L.2131-6 du code général des collectivités territoriales, et notamment au déféré exercé dans le cadre du recours défini au point n° 2 ;

4. Considérant qu'il est constant que le contrat litigieux a été transmis au préfet de la Vendée le 7 octobre 2014 ; que le courrier du 1^{er} décembre 2014, distribué le 2 décembre 2014, par lequel le préfet de la Loire-Atlantique a invité le maire de la commune de Brétignolles-sur-Mer à procéder à la résolution du marché en litige est intervenu avant l'expiration du délai de recours ; qu'il résulte de ce qui précède que, contrairement à ce que soutient la commune, ce recours gracieux a eu pour effet de proroger le délai de recours contentieux ; que le déféré préfectoral enregistré le 23 février 2015 est intervenu, en application des dispositions de l'article L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales, dans les deux mois qui ont suivi le rejet, par une lettre du maire de la commune de Brétignolles-sur-Mer du 22 décembre 2014, reçue en préfecture le 23 décembre 2014 ; que, par suite, la fin de non-recevoir opposée par la commune de Brétignolles-sur-Mer tirée de la tardiveté du déféré préfectoral ne saurait être accueillie ;

Sur la validité du marché déféré :

5. Considérant, d'une part, qu'aux termes du II de l'article 50 du code des marchés publics : « (...) *Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. Le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et des modalités de leur présentation peut être succincte (...)* » ;

6. Considérant, d'autre part, que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le II de l'article 1er de ce code dans sa rédaction, applicable en l'espèce, selon lequel : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...)* » ; qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics dans sa version applicable au litige : « *I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte*

s'ils sont justifiés par l'objet du marché (...) » ; que si ces dispositions laissent à la collectivité publique le choix des critères d'attribution du marché qu'elle entend retenir, ceux-ci doivent être clairement identifiés, justifiés par l'objet du marché et présenter un caractère pertinent permettant d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ; que lorsque le pouvoir adjudicateur, après avoir autorisé les candidats à présenter des variantes, entend opérer deux classements parallèles des offres avec et sans variante, et est amené à départager une offre avec variante d'avec une offre sans, il lui revient de déterminer les modalités de ce départage dans les documents de la consultation ;

7. Considérant que l'article 2-4 du règlement de consultation prévoit que : « *La consultation ne contient pas d'option mais autorise les variantes sur le revêtement de la piste cyclable du littoral (prix CS 570a). / Le candidat n'est pas autorisé à remettre une offre uniquement pour la variante. / Il appartient à l'entrepreneur de proposer un ou des matériaux répondant aux exigences stipulées dans le CCTP pour une qualité équivalente ou supérieure, en rapport avec le caractère naturel du site.* » ; qu'il résulte de ces stipulations qu'aucune option n'était proposée aux candidats, qui pouvaient toutefois présenter des variantes sur le revêtement de la piste cyclable du littoral ; que le bordereau des prix précise que le prix « CS 570 » caractérise le prix applicable pour la mise en œuvre de béton bitumineux 0/6 beige, d'une épaisseur 3,5 cm /m² équivalent 85 kg / m², et indique expressément que le prix « CS 570 a », matériaux clairs reconstitués en centrale, s'applique en variante du prix « CS 570 » ; que, s'agissant de ce dernier prix, il est notamment mentionné que les granulats doivent être de couleur claire identique aux revêtements mis en œuvre sur les pistes départementales et que les matériaux doivent avoir une couche variable de 6/7 cm après compactage ; que les candidats conservaient cependant une marge d'appréciation sur le choix des matériaux proposés, des granulats et des liants, le CCTP et le bordereau des prix ne fixant qu'une exigence minimale ; que, dans ces conditions, et contrairement à ce que soutient la commune en défense, les offres déposées constituaient bien des variantes, nonobstant la circonstance que la présentation d'une offre avec variante en sus de l'offre de base aurait dû entraîner l'établissement de deux actes d'engagement ;

8. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, le rapport d'analyse des offres mentionne que l'offre présentée par le groupement GTP/Atlan'route (béton bitumineux) a été classée en 1^{ère} position du classement des offres sans variante avec une note finale de 10/10, tandis que l'offre présentée par la société Colas (matériaux hydrocarbonés) a été classée en 1^{ère} position du classement des offres avec variante avec une note finale de 10 / 10 ; que la commune a considéré que « *l'offre de base du groupement GTP'Atlan route est l'offre économiquement et techniquement la meilleure* » ; qu'il résulte de ce qui précède qu'en retenant l'offre de base du groupement GTP'Atlan route, alors même que ni le règlement de consultation, ni aucune autre pièce du dossier, ne précisait les modalités de départage entre une offre de base et une offre avec variante, ayant au surplus obtenu une note identique, la commune de Brétignolles-sur-Mer a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats et par suite les principes de la commande publique ; que le préfet de la Vendée est, par suite, fondé à soutenir que l'attribution du marché litigieux est entachée d'irrégularité ;

Sur les conséquences de l'irrégularité du marché :

9. Considérant que, saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du

groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ;

10. Considérant que l'irrégularité commise, qui a exercé une influence sur le choix du cocontractant, présente un caractère de gravité important ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que le marché litigieux a été entièrement exécuté dès lors que les travaux relatifs à la tranche ferme et à la tranche conditionnelle n° 1 ont fait l'objet d'une réception sans réserve acceptée par le maître d'ouvrage le 7 septembre 2015, et que la tranche conditionnelle n° 2 n'a pas été affermie ; que, par ailleurs, le vice constaté ne constitue ni une illicéité du contenu du contrat, ni une irrégularité qu'il reviendrait au juge de relever d'office : que, dans ces conditions, les conclusions à fin d'annulation du marché en litige ne peuvent qu'être rejetées ;

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

11. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions de la commune de Brétignolles-sur-Mer présentées au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er}: La requête du préfet de la Vendée est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la commune de Brétignolles-sur-Mer présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié au préfet de la Vendée et à la commune de Brétignolles-sur-Mer.

Délibéré après l'audience du 27 avril 2016, à laquelle siégeaient :
M. Dussuet, président,
Mme Le Barbier - Le Bris, premier conseiller,
M. Frank, premier conseiller,

Lu en audience publique le 25 mai 2016.

Le président-rapporteur,

L'assesseur le plus ancien dans l'ordre du tableau,

J-P. DUSSUET

M. LE BARBIER – LE BRIS

Le greffier,

C. SIRE

La République mande et ordonne au préfet de la Vendée
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,