

DTA\_2100550\_20220707.xml  
2022-07-12

TA21  
Tribunal Administratif de Dijon  
2100550  
2022-07-07  
VICQUENAULT  
Décision  
Excès de pouvoir  
C  
Rejet

2022-06-23  
17604  
3ème chambre

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 24 février 2021, la société Onet services, représentée par Me Vicquenaault, demande au tribunal :

- 1°) à titre principal, d'annuler le lot n°1 du marché 2020-ASD06 de prestations de nettoyage des locaux et des vitres passé par Agrosup Dijon ;
- 2°) à titre subsidiaire, de résilier le lot n°1 du marché 2020-ASD06 de prestations de nettoyage des locaux et des vitres passé par Agrosup Dijon ;
- 3°) de mettre à la charge d'Agrosup Dijon une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre de la société Arc en Ciel qui a été retenue est manifestement irrégulière faute pour l'attributaire d'avoir participé à l'une ou l'autre des deux réunions prévues par le règlement de la consultation pour la visite du site, en méconnaissance de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique ;
- la procédure est entachée d'irrégularité dès lors qu'une nouvelle visite du site non prévue par le règlement de la consultation a été organisée sans aucune information préalable des candidats, ce qui a eu pour effet de méconnaître les principes d'égalité entre les candidats et de transparence des procédures prévus par l'article L. 3 du code de la commande publique ;
- Agrosup Dijon a irrégulièrement évalué son offre, en méconnaissances des règles de mise en concurrence du marché et du principe d'égalité entre les candidats, en ce que :
  - \* s'agissant du sous-critère " volume horaire des prestations ", l'attributaire a communiqué un nombre d'heures constant ne tenant pas compte des variations du taux d'occupation des bâtiments - donc erroné et supérieur à celui de la société Onet services - et reçoit pourtant une note supérieure de 33% ;
  - \* s'agissant du sous-critère " encadrement sur site ", la société Arc en Ciel Bourgogne a prévu un taux d'encadrement inférieur à celui de la requérante (14,23%) et s'est pourtant vu attribuer la note maximale de 65/65, supérieure à la note attribuée à la requérante ;
  - \* s'agissant du sous-critère " fréquentiel ", l'appréciation du pouvoir adjudicateur sur l'offre de la société Onet services est meilleure que celle portée sur l'offre de l'attributaire, et pourtant ce dernier bénéficie d'une note supérieure ;
  - \* s'agissant du sous-critère " gestion des absences ", Agrosup Dijon a porté une appréciation erronée sur son offre en considérant qu'" aucune adaptation/formation au poste et/ou au site n'est prévue " et en estimant insuffisantes les modalités de remplacement pour absences imprévues ;
  - \* s'agissant du critère " RSE et Développement durable ", c'est à tort qu'Agrosup Dijon a estimé que la majorité de la démarche RSE tournerait autour de l'environnement, alors que son offre fournit des informations relatives à l'amélioration des conditions de travail, aux enjeux sociaux, sociétaux, distinctes des informations relatives à l'environnement.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 27 avril 2021 et le 10 juin 2022, l'Institut national supérieur des sciences agronomiques, de l'alimentation et de l'environnement Agrosup Dijon, représenté par Me Audard, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société Onet services au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que les moyens soulevés par la société Onet services ne sont pas fondés.

La requête a été régulièrement communiquée à la société Arc en Ciel Bourgogne, qui n'a pas produit d'observations en défense.

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 A,

- les conclusions de M. Puglierini, rapporteur public,

- et les observations de Me Vicquenault, représentant la société Onet services, et de Me Audard, représentant Agrosup Dijon.

Considérant ce qui suit :

1. L'Institut national supérieur des sciences agronomiques, de l'alimentation et de l'environnement de Dijon (ci-après Agrosup Dijon) a lancé une procédure d'appel d'offre pour l'attribution d'un marché de prestations de nettoyage de ses locaux et de leurs vitres comportant deux lots. La société Onet services, titulaire sortant, s'est portée candidate pour le lot n°1 (site de Dijon). Toutefois, par un courrier en date du 26 novembre 2020, le directeur général d'Agrosup Dijon informait la société Onet services du rejet de son offre, classée en deuxième position derrière celle de la société Arc en Ciel Bourgogne. Par sa requête, la société Onet services demande au tribunal, à titre principal, d'annuler le marché conclu entre Agrosup Dijon et la société Arc en Ciel Bourgogne le 29 janvier 2021 ou, à titre subsidiaire, d'en prononcer la 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. 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. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers 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. Un concurrent évincé ne peut ainsi invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

3. Saisi ainsi 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. 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. 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.

Sur le déroulement de la procédure :

4. Aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. " et selon l'article L. 2152-2 du même code : " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. ". Aux termes de l'article R. 2152-1 du même code : " Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. ". Aux termes de l'article 7.3 du règlement de la consultation applicable au marché : " Deux sessions (journées indépendantes et alternatives de visite des sites) seront organisées aux dates suivantes:/ LOT 1 : /1ère session : 25/08/2020 - 13h00 à 17h00 / 2ème session : 26/08/2020 de 9h30 à 13h30 () la participation à l'une ou l'autre des sessions pour chaque lot est obligatoire pour que l'offre soit recevable () ".

5. La société Onet services soutient que la société Arc en Ciel Bourgogne n'a pas participé à l'une ou l'autre des deux visites obligatoires prévues par l'article 7.3 du règlement de consultation, mais a bénéficié d'une nouvelle visite organisée le 7 septembre 2020 à 13h30, dont elle-même n'a pas eu connaissance avant qu'elle ait eu lieu. Elle fait valoir que cette circonstance est de nature à entacher d'irrégularité la procédure suivie, et qu'ainsi le pouvoir adjudicateur avait l'obligation d'écarter l'offre irrégulière de la société Arc en Ciel Bourgogne.

6. Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions et l'administration ne peut, dès lors, attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement.

7. En l'espèce, l'article 7.3 du règlement de la consultation, cité au point 4, a pour seul objet de s'assurer que les candidats ont eu une connaissance suffisante des lieux pour pouvoir faire une offre en toute connaissance de cause. Il résulte de l'instruction d'une part, que la société Onet services, précédente titulaire du marché de nettoyage des locaux d'Agrosup Dijon, a participé à la visite organisée le 25 août 2020 et, d'autre part, que la deuxième visite, initialement prévue le 26 août 2020, a été reportée au 7 septembre 2020, et que quatre candidats, dont la société Arc en Ciel Bourgogne, y ont participé. Par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction que des questions auraient été formulées par les candidats à l'occasion de la nouvelle visite du 7 septembre 2020, ni que l'ensemble des réponses du pouvoir adjudicateur aux questions des candidats n'aurait pas été communiqué à l'ensemble des candidats au plus tard le 14 septembre suivant. Ainsi, en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a pu apprécier la valeur des offres qui lui étaient soumises. Dans ces conditions, alors que la société requérante avait nécessairement une parfaite connaissance du site en sa qualité de candidat sortant et qu'il n'est pas démontré que la visite du 7 septembre 2020 aurait pu avoir une incidence sur le contenu de son offre ou de celle de la société Arc en Ciel Bourgogne, l'organisation de ladite visite n'a pas eu pour effet de méconnaître les principes fondamentaux d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence des procédures ni, par conséquence, de rendre irrégulière l'offre de la société Arc en Ciel Bourgogne.

Sur l'appréciation des offres :

8. Il résulte de l'instruction, notamment du règlement de la consultation organisée pour l'attribution du marché en litige, que, pour le jugement des offres, le pouvoir adjudicateur a fixé un critère portant sur la valeur technique, pondéré à hauteur de 47,5% de la note finale, soit 47,5 points sur 100, un critère portant sur le prix des prestations, pondéré à hauteur de 40%, soit 40 points sur 100, et un critère portant sur la responsabilité sociale des entreprises et le développement durable, pondéré à hauteur de 12,5% soit 12,5 points sur 100. L'appréciation des offres au regard du critère technique a été précisée par l'identification de dix sous-critères : le volume horaire des prestations, noté sur 60 points, l'organisation, notée sur 65 points, l'encadrement sur site, noté sur 65 points, le fréquentiel, noté sur 55 points, les matériels, notés sur 60 points, les produits, notés sur 20 points, le

pilotage des prestations, noté sur 60 points, la gestion des absences, notée sur 40 points, le mode dégradé, noté sur 25 points et le mode sanitaire, noté sur 25 points, soit un total de 475 points sur 1 000. L'appréciation des offres au regard de la responsabilité sociale des entreprises et du développement durable a fait l'objet de trois sous-critères, la RSE notée sur 50 points, la formation notée sur 50 points et le développement durable, noté sur 25 points.

9. Il résulte du rapport d'analyse des offres que l'offre de la société Onet services a reçu la note totale de 831 points sur 1 000 points, résultant de l'attribution de la note de 369 / 400 au titre du critère prix, de la note de 367 / 475 au titre du critère technique, et de la note de 95 sur 125 au titre du critère RSE - développement durable. La société Arc en Ciel Bourgogne, attributaire du marché, a, quant à elle, obtenu la note totale de 868 / 1 000, résultant de l'attribution de la note de 349 / 400 au titre du critère prix, de la note de 414 / 475 au titre du critère technique, et de 105 / 125 au titre du critère RSE - développement durable. La société Onet services conteste l'appréciation respective de son offre et de celle de la société Arc en Ciel Bourgogne au regard d'une partie des sous-critères d'évaluation de la valeur technique et de la RSE - développement durable, pour lesquels elle a reçu une note inférieure à celle de la société attributaire.

S'agissant du sous-critère " volume horaire des prestations " :

10. La société requérante soutient que la société attributaire a communiqué un nombre d'heures constant ne tenant pas compte des variations du taux d'occupation des bâtiments, donc erroné et supérieur à celui qu'elle-même proposait, et a néanmoins reçu une note supérieure de 33%. Il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'analyse des offres, que la société Arc en Ciel Bourgogne a proposé un volume horaire supérieur à celui proposé par la société Onet services, ce qui implique une cadence par m<sup>2</sup> traitée moins élevée. Le pouvoir adjudicateur a considéré que " le volume horaire [de ce candidat] est cohérent et adapté aux prestations à fournir ", alors que le volume horaire proposé par la requérante, dont il n'est pas contesté qu'il était inférieur à celui de la société attributaire, a été jugé cohérent mais insuffisamment conséquent, et conduisant à une cadence de travail " un peu élevée compte tenu de l'ensemble des opérations et du niveau de qualité attendu ". Par ailleurs, contrairement à ce qu'affirme la société requérante, l'offre de la société Arc en Ciel Bourgogne a tenu compte, au moins en partie, du taux d'occupation des locaux, puisqu'elle propose un volume horaire constant sauf au mois d'août. Dans ces conditions, la société Onet services n'est fondée à soutenir ni que la note de 40 points sur 60 qui lui a été attribuée au titre du sous-critère technique portant sur le volume horaire, ni que celle de 60 points attribuée à la société Arc en Ciel Bourgogne, procéderait d'une appréciation manifestement erronée ou d'une dénaturation des offres.

S'agissant du sous-critère " encadrement sur site " :

11. La société requérante soutient que la société Arc en Ciel Bourgogne, qui a prévu un taux d'encadrement de 14,23% alors qu'elle-même proposait un taux de 18,33%, s'est pourtant vue attribuer la note maximale de 65/65. Il résulte toutefois de l'instruction que si le taux d'encadrement proposé par la société requérante était supérieur à celui proposé par la société attributaire, le niveau d'encadrement proposé par cette dernière était supérieur, le nombre d'agents et les qualifications des personnes chargées de l'encadrement étant plus élevé. Ces éléments ont conduit le pouvoir adjudicateur à estimer la structure proposée par la société Arc en Ciel Bourgogne " très pertinente pour assurer l'encadrement et le suivi des prestations ", alors que l'offre de la société Onet service a été considérée comme " sous dimensionnée au regard de la structure d'équipe proposée ". Il ne résulte pas de l'instruction qu'une telle appréciation des offres des candidats soit manifestement erronée ou entachée de dénaturation.

S'agissant du sous-critère " fréquentiel " :

12. La société requérante soutient que l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur son offre est meilleure que celle portée sur l'offre de l'attributaire, qui bénéficie pourtant d'une note supérieure. Il résulte du rapport d'analyse des offres que les appréciations portées sur les offres de la requérante et de la société attributaire sont identiques, le pouvoir adjudicateur ayant constaté, pour ces deux sociétés, que " le fréquentiel minimum est respecté dans l'ensemble ", mais que " quelques dégradations de fréquences minimums viennent réduire la note ". Si la société Arc en Ciel bourgogne s'est vue attribuer une note légèrement supérieure à la société Onet services pour ce

sous-critère, soit 39 points sur 55 pour la première contre 37 points pour la seconde, compte tenu de la faiblesse de cet écart, cette circonstance ne permet pas de considérer que l'appréciation ainsi portée serait manifestement erronée ou entachée de dénaturation.

S'agissant du sous-critère " gestion des absences " :

13. La société requérante soutient qu'Agrosup Dijon a porté une appréciation erronée sur son offre en considérant qu'" aucune adaptation/formation au poste et/ou au site n'est prévue " et en estimant insuffisantes les modalités de remplacements pour absences imprévues. Il résulte du rapport d'analyse des offres que la société Onet services a obtenu une note de 25 sur 40 au titre du sous-critère " gestion des absences ", le pouvoir adjudicateur ayant considéré que les remplacements pour absences prévues " sont légèrement anticipés ", les agents remplaçants étant sélectionnés dans un vivier d'agents disponibles, mais que l'offre ne prévoyait toutefois aucune adaptation ou formation au poste et/ou au site. Il résulte de l'instruction que s'agissant des remplacements pour absences prévues, l'offre de la société Onet services prévoyait la recherche d'un agent parmi les effectifs disponibles ou le recrutement d'un agent en CDD, sa formation en doublon avec le titulaire du poste, et le contrôle des prestations par le responsable de site. Ainsi, contrairement à ce qui est indiqué dans le rapport d'analyse des offres, cette offre prévoyait bien des modalités d'adaptation ou de formation au poste et/ou au site des agents intervenant pour remplacer une absence prévue. Toutefois, il résulte de l'instruction que cet élément n'est pas le seul ayant justifié la note attribuée à la société Onet services, laquelle tenait également compte d'un niveau jugé insuffisant d'anticipation des absences prévues, en l'absence d'identification et de formation en amont des agents susceptibles d'intervenir dans ce cadre, mais aussi du délai de remplacement de 24 heures en ce qui concerne les absences imprévues, jugé trop long par le pouvoir adjudicateur, notamment s'agissant des sites, au nombre de six, sur lesquels n'intervient qu'un seul agent. Il ressort par ailleurs du rapport d'analyse des offres que la société Arc en Ciel Bourgogne, qui a obtenu une note de 35 points sur 40 proposait, pour sa part, une meilleure anticipation des absences prévues par la formation d'agents pour améliorer la connaissance des lieux et, s'agissant des absences imprévues, un remplacement dans un délai d'une heure sur les sites sur lesquels l'agent est seul. Dans ces conditions, et nonobstant la mention erronée dans le rapport d'analyse des offres selon laquelle l'offre de la société Onet Service ne prévoyait " aucune adaptation/formation au poste et/ou au site ", le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à une appréciation manifestement erronée des offres ou entachée de dénaturation en attribuant leurs notes respectives à la société requérante et à la société attributaire.

S'agissant du critère " RSE et Développement durable " :

14. La société Onet Services soutient que c'est à tort qu'Agrosup Dijon a estimé que la majorité de la démarche RSE tournerait autour de l'environnement, alors que son offre fournit des informations relatives à l'amélioration des conditions de travail, et aux enjeux sociaux et sociétaux, distinctes des informations relatives à l'environnement. Il résulte toutefois de l'extrait de la réponse de la requérante produite par cette dernière à l'instance que les éléments présentés par la société Onet Services au titre de la RSE concernent principalement les enjeux environnementaux, et que les autres points sont abordés en termes généraux, sans précision quant à leur contenu ou à leurs contours, notamment s'agissant des engagements sociétaux de l'entreprise, et de sa politique en matière de handicap. Si sa politique d'insertion par l'emploi est un peu plus détaillée, elle reste néanmoins relativement succincte. Le pouvoir adjudicateur n'a donc pas porté une appréciation erronée sur cette offre en estimant que la majorité de la démarche RSE présentée tournait autour de l'environnement. Par ailleurs, cet élément n'a pas été le seul pris en compte pour l'appréciation des offres, le rapport d'analyse des offres mentionnant également que l'offre de la société Onet Services ne comporte aucune proposition concernant l'amélioration des conditions de travail, alors que celle de la société Arc en Ciel Bourgogne a été considérée comme comportant des éléments pertinents liées à la RSE, relatifs aux conditions de travail, à l'environnement, à la satisfaction client et à la promotion de l'emploi par l'insertion. Dans ces conditions, il ne résulte pas de l'instruction qu'en attribuant une note de 40/50 à la société Onet services et une note de 45/50 à la société Arc en Ciel Bourgogne au titre du sous-critère " RSE ", le pouvoir adjudicateur aurait porté une appréciation manifestement erronée ou entachée de dénaturation sur les offres qui lui étaient soumises.

15. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la société Onet Services tendant à l'annulation ou, à défaut, à la résiliation, du marché de prestations de nettoyage des locaux et des vitres conclu avec Agrosup Dijon le 29 janvier 2021 doivent être rejetées.

Sur les frais de l'instance :

16. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge d'Agrosup' Dijon, qui n'a pas la qualité de partie perdante, au titre des frais exposés par la société Onet services. En revanche, il y a lieu de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société requérante une somme de 1 200 euros à verser à Agrosup Dijon, au titre des frais exposés par cet établissement public et non compris dans les dépens.

D E C I D E :

Article 1er : La requête de la société Onet services est rejetée.

Article 2 : La société Onet services versera une somme de 1 200 euros à Agrosup Dijon au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à la société Onet services, à Agrosup Dijon et à la société Arc en ciel Bourgogne.

Délibéré après l'audience du 23 juin 2022, à laquelle siégeaient :

M. Delespierre, président,

Mme Desseix, première conseillère,

Mme Hunault, conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 7 juillet 2022.

La rapporteure,

M. DESSEIX

Le président,

N. DELESPIERRELa greffière,

E. HERIQUE

La République mande et ordonne au ministre de l'agriculture et de la souveraineté alimentaire et au ministre de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation en ce qui les 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,

Le greffier