

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE DIJON**

N° 2101212

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ IMPERY VOLAILLES

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Delespierre
Magistrat désigné

Le juge des référés

Audience du 17 mai 2021
Ordonnance du 19 mai 2021

39-08-015-01
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 29 avril 2021 et le 16 mai 2021, la société Impery volailles, représentée par DSC avocats, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'enjoindre au centre hospitalier de l'agglomération de Nevers, en sa qualité d'établissement de support du groupement, de produire : les avantages et les caractéristiques des offres retenues pour le lot n°14 (ce qui suppose donc la communication d'un extrait du rapport d'analyse des offres pour l'ensemble des critères et notamment le critère n°3), l'avis, le compte rendu et la composition de la CAO ;

- d'annuler la procédure de passation du lot n°4 du marché public de fourniture de volailles fraîches en cause ;

- d'enjoindre au pouvoir adjudicateur de reprendre la procédure de passation du lot n° 14 ;

- de condamner le centre hospitalier de l'Agglomération de Nevers au versement d'une somme de 4 000 euros au profit de la société Impery Volailles, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens (en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative).

Elle soutient que :

- le centre hospitalier de l'agglomération de Nevers n'était pas compétent pour passer un marché public pour le compte du groupement de commandes des denrées alimentaires des établissements de santé de la Nièvre et de l'Allier ;

- la requérante n'a pas été informée des motifs de rejet de son offre ;

- la procédure suivie était irrégulière du fait de l'introduction de sous-critères qui ne figuraient pas dans les documents de la consultation ;

- la procédure suivie était irrégulière du fait de l'imprécision du critère de la qualité de service de l'offre ;
- il n'y a pas de lien suffisant entre le critère de la responsabilité sociale des entreprises et l'objet du marché.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 mai 2021, le centre hospitalier de l'agglomération de Nevers, représenté par Me Ferré, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Impery volailles à lui payer la somme de 3 500 euros au titre des frais irrépétibles en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que les moyens soulevés par la société Impery volailles sont inopérants ou non fondés.

La société de Distribution Avicole n'a pas produit d'observations

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné M. Delespierre, vice-président, pour statuer les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 18 mai 2021 en présence de Mme Lelong, greffier d'audience, M. Delespierre a lu son rapport et entendu les observations de :

- Me Corneloup, représentant la société Impery volailles,
- Me Ferre, représentant le centre hospitalier de l'agglomération de Nevers.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Le centre hospitalier de l'agglomération de Nevers (ci-après CHAN), dans le cadre d'un appel d'offre ouvert, a lancé en tant que coordonnateur une consultation en vue de conclure un marché de fournitures de denrées alimentaires comportant 18 lots, selon la nature des produits, pour le compte du Groupement de commandes des denrées alimentaires des établissements de santé de la Nièvre et de l'Allier. La société Impery volailles a présenté une offre pour le lot n° 14 « volailles fraîches ». Toutefois, par un courrier du 20 avril 2020, le CHAN l'a informée du rejet de son offre et de l'attribution du lot n° 14 à la société de Distribution Avicole (SDA). Dans sa requête, la société Impery Volailles conteste la régularité de la procédure suivie et demande au juge du référé précontractuel son annulation.

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public./ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *I.- Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.* ». Aux termes de l'article L. 551-4 du code de justice administrative : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.* ». Selon 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 (...)* ». En vertu des dispositions précitées, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

Sur les conclusions à fin de communication du rapport d'analyse des offres :

3. Il résulte de l'instruction que le CHAN a communiqué à la société Imphy volailles, par un courrier du 22 avril 2021, le classement de son offre en précisant son classement en deuxième position, les notes attribuées à son offre ainsi qu'à l'offre retenue, le tableau comparatif de ces deux offres, enfin l'identité du candidat dont l'offre a été retenue et le montant de cette offre. Par suite, en l'espèce, la société requérante n'est pas fondée à se plaindre de se trouver privée de la possibilité de contester utilement le rejet de son offre devant le juge du référé précontractuel. Dès lors, les conclusions à fin de communication ne peuvent être que rejetées.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

4. En premier lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler la compétence du centre hospitalier de l'agglomération de Nevers pour passer des marchés publics pour les établissements de santé du GHT en s'assurant de l'existence et de la publication d'une convention prévoyant que la fonction « achat » figure parmi les fonctions déléguées à ce groupement. Le moyen tiré de l'incompétence du centre hospitalier de l'agglomération de Nevers pour passer le marché en litige ne peut être qu'écarté.

5. En deuxième lieu, aux termes de l'article R. 2152-7 du code de la commande publique : « *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 (...) / 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, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ; / (...) ».

6. Selon l'article 12.2 du règlement de la consultation relatif au jugement des offres le 1^{er} critère prix est pondéré à 45%, le 2^{ème} critère valeur technique à 40% et le 3^{ème} critère RSE (responsabilité sociale et environnementale) sur la qualité de service à 15%. Il est précisé dans ce même article que le critère de la valeur technique de chaque offre sera évalué à partir de tests et des fiches techniques pour les produits échantillonnés.

En ce qui concerne l'introduction de sous-critères ne figurant pas dans les documents de la consultation :

7. La société Impery volailles fait valoir qu'il ressort du courrier du 22 avril 2021 (rectifiant une erreur matérielle figurant dans le précédent courrier du 20 avril rejetant son offre) que le critère technique a été apprécié selon plusieurs éléments tirés, d'une part, de la qualité nutritionnelle, de portionnage/calibrage/grammage et des conditionnements pour l'appréciation des fiches techniques, d'autre part, de la facilité d'ouverture, de l'aspect, du goût et de l'odeur pour l'appréciation de la qualité des échantillons. La société requérante soutient que ces éléments, pondérés de manière différente et de nature à exercer une influence sur la présentation des offres, correspondent à des sous-critères dont l'intitulé et la pondération auraient dû apparaître dans les documents de la consultation.

8. D'une part, il ne résulte pas de l'instruction, alors que la société requérante a obtenu la note de 36,96 supérieure à celle de 35,92 sur 40 conférée à l'attributaire, qu'elle aurait été susceptible d'être lésée par l'irrégularité invoquée. D'autre part, les éléments en question font partie intégrante de la méthode de notation qui n'avait pas à être communiquée aux candidats et ces éléments, qui ne sauraient être regardés en l'espèce comme des sous-critères occultes, sont destinés à permettre au pouvoir adjudicateur de porter une appréciation sur la valeur intrinsèque des offres qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel de contrôler.

En ce qui concerne l'imprécision du 3^{ème} critère « RSE » relatif la qualité de service de l'offre :

9. Ce critère est précisé à l'article 12.2 précité du règlement de la consultation et comprend la prestation du fournisseur en matière d'information et de conditions de livraison, performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture. Le même article du règlement précise que ce critère s'apprécie au regard du mémoire technique des candidats avec la description : « - de la livraison (fréquences et jours proposés, respect des délais, plages horaires de livraison etc...) /- développement durable (achats locaux et de proximité-circuit court, maîtrise des paramètres de livraison- consommation- optimisation des tournées – remplissage des camions – impact carbone – etc...) / - Lutte contre le gaspillage alimentaire / Engagements sociaux ».

10. La société requérante soutient que ce critère est ainsi défini de manière très générale et que les autres documents de la consultation ne permettent pas de suppléer cette imprécision, notamment le CCTP qui, en son point 6.7, n'offre qu'une définition large de la notion de développement durable.

11. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que les indications précises qui figurent à l'article 12.2 du règlement de la consultation, auraient été insuffisantes pour permettre aux candidats de comprendre les attentes du pouvoir adjudicateur. Au demeurant, la société requérante, dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché, ne fait pas état d'une demande de précision (prévue à l'article 10.1 du règlement de la consultation) qui aurait été adressée au pouvoir adjudicateur ni qu'une telle demande serait restée sans réponse avant le dépôt de son offre. Enfin, la meilleure note, soit 15 sur 15, a été attribuée à la requérante. Dans ces conditions, la société Imphy volailles n'est pas fondée à soutenir qu'en l'espèce les documents de la consultation étaient suffisamment précis pour lui permettre, en tant que professionnelle avertie, de soumettre une offre de façon optimale.

En ce qui concerne le lien entre l'objet du marché et le 3^{ème} critère RSE « responsabilité sociale des entreprises » :

12. Aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique : « *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 (...)* ».

13. Contrairement à ce que soutient la société requérante, le critère tiré de la responsabilité sociale des entreprises, dont la consistance était indiquée aux soumissionnaires dans les conditions qui viennent d'être rappelées au point 9, est lié à l'objet du marché et n'est ni imprécis, ni de nature à conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur. Notamment, la notion de développement durable, alors même que l'article 6.7 du CCTP se borne à une définition globale, est précisément détaillée à l'article 12.2 du règlement de la consultation comme il a été dit. La seule circonstance que son appréciation puisse impliquer d'examiner différentes caractéristiques des offres ne constitue pas, en elle-même, une irrégularité.

14. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation doivent être rejetées.

Sur les conclusions d'injonction :

15. Le présent jugement, qui rejette les conclusions d'annulation, n'implique aucune mesure d'exécution. Par suite, les conclusions d'injonction ne peuvent être que rejetées.

Sur les frais de justice :

16. Le CHAN n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, les conclusions présentées par la société Impery volailles sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent être que rejetées. Il y a lieu, en revanche, de mettre à la charge de la requérante, sur le même fondement, la somme de 2 000 euros à verser au CHAN.

ORDONNE :

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

Article 2 : La société Impery volailles versera au centre hospitalier de l'agglomération de Nevers la somme de 2 000 (deux mille) euros au titre de l'article L. 761-1 du code justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Impery volailles, au centre hospitalier de l'agglomération de Nevers et à la société de Distribution Avicole.

Fait à Dijon, le 19 mai 2021.

Le juge des référés,

N. DELESPIERRE

La République mande et ordonne au préfet de la Nièvre, 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,
Le greffier,