

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE DIJON**

N° 2101860

Groupement SNEF Télécom/Potain TP

Mme Nelly Ach
Juge des référés

Audience du 23 juillet 2021
Ordonnance du 23 juillet 2021

54-03-05

39-02-05

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 8 juillet et le 22 juillet 2021, le groupement momentané d'entreprises (GME) composé des sociétés SNEF Télécom et Potain TP, représenté par son mandataire la société SNEF Télécom et par Me Corcos, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

1°) d'annuler les décisions de rejet de leurs offres au titre des lots n^{os} 1 à 4 de l'accord-cadre pour la construction d'un réseau de télécommunications de fibre optique FttH mis en œuvre par le département de Saône-et-Loire ;

2°) d'enjoindre le département de Saône-et-Loire, s'il entend attribuer le marché, de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres en réintégrant celles présentées par le groupement et en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

3°) de mettre à la charge du département de Saône-et-Loire une somme de 4 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- il a intérêt à agir au sens de l'article L. 551-10 du code de justice administrative ; les offres présentées par le groupement étaient moins-disantes par rapport à celles retenues au terme de la consultation ; il peut se prévaloir d'un intérêt lésé dès lors que l'irrégularité qui lui est opposée est le résultat du manquement qu'il dénonce ;

- il est recevable à ne former qu'une seule requête à l'encontre des décisions de rejet des offres formulées pour les 4 lots ;

- en faisant primer l'annexe 8 à l'offre technique du groupement sur le bordereau des prix unitaires et le devis estimatif indicatif, et en éliminant ses offres, le département a méconnu le règlement de la consultation, en particulier les règles relatives à la hiérarchie des pièces ;

- le département a commis une erreur de droit et a dénaturé l'offre du groupement dès lors que celle-ci n'était pas irrégulière au sens de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique ; en cas de doute sur les prix proposés par le groupement, le département aurait pu solliciter une régularisation de l'offre en application de l'article R. 2152-2 du même code ; l'annexe 8 à l'offre technique était entachée d'une erreur purement matérielle dont le groupement n'aurait pu se prévaloir de bonne foi ; si le département estimait l'offre ambiguë, il aurait pu lui demander d'en préciser la teneur en application de l'article R. 2161-5 du même code ; l'offre présentée par le groupement était complète, il n'existait aucune discordance entre le bordereau des prix unitaires et le devis estimatif indicatif, seuls documents exigés par le règlement de la consultation ; l'annexe 8 à l'offre technique du groupement était entachée d'une simple erreur matérielle ne correspondant ni à un transfert de prestations, ni à une absence de prix pour certaines prestations ; en faisant prévaloir l'annexe 8 de l'offre technique sur les autres documents exigés, le département a procédé à une modification irrégulière des offres du groupement postérieurement à leur remise et a ainsi méconnu les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats.

Par des mémoires en défense, enregistrés le 17 et le 22 juillet 2021, le département de Saône-et-Loire conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir que :

- la requête est irrecevable dès lors que le groupement requérant n'a pas intérêt à invoquer un manquement au stade de l'analyse des offres, les siennes ayant été écartées comme irrégulières avant toute analyse technique et financière des propositions des candidats au marché ;

- la requête est irrecevable dès lors qu'elle concerne plusieurs marchés distincts, chaque lot ayant vocation à constituer un contrat ; le groupement requérant aurait dû introduire une requête par lot ;

- aucun des moyens soulevés dans la requête n'est fondé.

Par un mémoire enregistré le 22 juillet 2021, la société SERFIM TIC et la société Charollaise de travaux publics, représentées par Me Cadoz, concluent au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 2 000 euros soit mise à la charge du groupement composé des sociétés SNEF Télécom et Potain TP au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles font valoir que :

- la requête est irrecevable, un groupement d'entreprise ne disposant pas de la personnalité juridique ; la société SNEF Télécom ne démontre pas disposer d'un mandat des membres du groupement aux fins d'ester en justice ;

- aucun des moyens soulevés dans la requête n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Le président du Tribunal a désigné Mme Ach, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience du 23 juillet 2021 à 11 heures.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Ach, juge des référés ;
- les observations de Me Alamargot, représentant le groupement composé des sociétés SNEF Télécom et Potain TP, qui reprend les moyens et conclusions exposés dans ses écritures, fait valoir qu'il a bien intérêt à agir en qualité de candidat évincé, rappelle que l'offre a été présentée sans réserve de sorte qu'elle aurait pu être comparée aux autres offres en s'en tenant au contenu du bordereau unitaire des prix et du devis estimatif, que la portée que le département entend donner à l'annexe 8 ne correspond pas à la réalité, qu'il a une interprétation très large de la notion d'offre irrégulière, que son offre était complète et qu'elle ne fait état d'aucune variante ; il ajoute que le département se prive potentiellement de l'offre économiquement la plus avantageuse pour les finances publiques ;
- les observations de A et de B, représentant le département de Saône-et-Loire, qui reprennent les éléments développés dans leurs écritures, rappellent qu'il n'existait pas de hiérarchie entre les documents au stade de la consultation et estiment que le groupement requérant a méconnu les prescriptions de la consultation tant au niveau de l'annexe 8 que dans le bordereau des prix unitaires lui-même de sorte qu'il doit être regardé comme ayant proposé une variante pourtant non autorisée ;
- et les observations de Me Cadoz, représentant la société SERFIM TIC et la société Charollaise de travaux publics, qui reprend les éléments développés dans ses écritures, notamment la fin de non-recevoir tirée de l'absence de personnalité juridique du groupement, précise qu'à trop vouloir faire œuvre de pédagogie, le groupement requérant a embrouillé son offre, que l'annexe 8 contredit les éléments issus du bordereau de prix unitaires et du devis estimatif indicatif et rappelle que si la collectivité avait la possibilité de demander une régularisation de l'offre, il s'agissait d'une simple possibilité et non d'une obligation.

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

Considérant ce qui suit :

1. Le département de Saône-et-Loire a engagé le 30 avril 2021 une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché, sous la forme d'un accord-cadre à bons de commande, aux fins de construire un réseau de télécommunications de fibre optique FttH. La consultation était décomposée en 4 lots géographiques, le nombre maximum de lots pouvant être attribué à un même titulaire étant fixé à 2. Par sa requête, le groupement momentanément d'entreprises (GME) composé des sociétés SNEF Télécom et Potain TP demande au juge des référés d'annuler la décision du 15 juin 2021 par laquelle la commission d'appel d'offres a décidé de ne pas analyser les offres qu'il a présentées au motif qu'elles étaient irrégulières et d'attribuer les lots n^{os} 1 et 3 au groupement SAS SERFIM TIC/SCTP et les lots n^{os} 2 et 4 au groupement Eiffage Energie Systèmes-Télécom Sud Est/Eiffage Energie Systèmes-Bourgogne Champagne/Sobeca-Gueugnon.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

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. 551-10 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 de ces dispositions, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements de l'entité adjudicatrice 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'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

3. Aux termes de l'article L. 3 du code de la commande publique : « *Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. (...)* ». Aux termes de l'article L. 2124-2 du même code : « *L'appel d'offres, ouvert ou restreint, est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats* ». Aux termes de l'article L. 2152-1 du même code : « *L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées* ». Aux termes de 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. 2161-5 du même code : « *L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre* ».

4. En vertu des stipulations de l'article 3-6 du règlement de la consultation, ni les variantes, ni les options n'étaient autorisées par rapport aux prestations demandées par le pouvoir adjudicateur en vue de la conclusion du marché relatif à la construction d'un réseau de fibre optique FttH dans le département de Saône-et-Loire. Il résulte de l'instruction que pour rejeter les offres du groupement requérant, au motif qu'elles étaient irrégulières, le département de Saône-et-Loire a tenu compte des contradictions entre, d'une part, les éléments figurant en annexe 8 de son mémoire technique, intitulée « BPU - définition des prestations », relatifs aux prix et prestations CABL801 à CABL804 et, d'autre part, les mentions du bordereau des prix unitaires et du devis estimatif indicatif portant sur les mêmes items. Compte tenu des discordances dans les informations ainsi données par le groupement, qui portaient non seulement sur les prix proposés mais également sur la nature des prestations dont la réalisation était envisagée, son offre ne pouvait être regardée comme conforme aux exigences du marché et ce nonobstant la circonstance que l'ensemble des lignes du bordereau des prix unitaires et du devis estimatif indicatif avaient bien été complétées. Au surplus, il résulte des dernières écritures du département, corroborées par les explications fournies à l'audience, que des modifications ont été apportées par rapport aux modes de pose souhaités par le département pour les items CABL400 et CABL500 au sein-même du bordereau des prix unitaires.

5. Contrairement à ce qu'allègue le groupement, les erreurs ainsi commises au sein de l'annexe 8 ne peuvent être regardées comme de simples erreurs matérielles, d'une nature telle **que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue.** De même, compte tenu des termes de l'article 5 du règlement de la consultation, qui mentionne l'ensemble des documents à produire par les candidats, le groupement dont l'offre a été rejetée n'est pas fondé à soutenir qu'il existerait une hiérarchie au sein du contenu des offres entre les différentes pièces. En tout état de cause, l'ordre de priorité entre les documents constitutifs du marché, énoncé à l'article 2 du cahier des clauses administratives particulières, ne

vaut qu'une fois le marché conclu et non au stade de la consultation. Le groupement n'est pas fondé à soutenir que le département aurait modifié de façon irrégulière ses offres postérieurement à leur remise en faisant prévaloir l'annexe 8 de son mémoire technique au détriment du bordereau des prix unitaires et du devis estimatif indicatif. Compte tenu des contradictions précédemment relevées, le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé les offres du groupement requérant, ni commis d'erreur manifeste d'appréciation en les écartant comme irrégulières.

6. Si le groupement requérant soutient qu'il appartenait à la collectivité de solliciter la régularisation de son offre ou d'en préciser la teneur, il s'agit là d'une simple faculté. De même, le groupement requérant ne peut utilement se prévaloir de l'article 6 du règlement de consultation, qui stipule qu'en « *cas de discordance constatée dans une offre, les indications portées sur le bordereau des prix unitaires prévaudront sur toutes autres indications de l'offre et le montant du détail estimatif indicatif sera rectifié en conséquence* », la discordance ne portant pas uniquement sur les prix mais sur le contenu-même des prestations. D'ailleurs, il résulte de l'instruction qu'en application du même article, le département de Saône-et-Loire a effectivement corrigé des erreurs de calculs dans les offres du candidat. Ainsi, le groupement n'est pas fondé à soutenir que le département a commis une erreur de droit en s'abstenant de solliciter des précisions quant à la teneur de ses offres.

7. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les fins de non-recevoir opposées en défense, que le groupement composé des sociétés SNEF Télécom et Potain TP n'est pas fondé à demander l'annulation de la décision portant rejet de ses offres dans le cadre de la passation du marché en litige. Par voie de conséquence, les conclusions tendant à ce que le juge des référés enjoigne au département de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres doivent être rejetées.

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

8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du département de Saône-et-Loire, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme demandée par le groupement composé des sociétés SNEF Télécom et Potain TP au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du groupement requérant la somme demandée par la société SERFIM TIC et la société Charollaise de travaux publics au même titre.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête du groupement composé des sociétés SNEF Télécom et Potain TP est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la société SERFIM TIC et la société Charollaise de travaux publics sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3: La présente ordonnance sera notifiée au groupement momentané d'entreprises (GME) composé des sociétés SNEF Télécom et Potain TP, représenté par son mandataire la société SNEF Télécom, au département de Saône-et-Loire et aux sociétés SERFIM TIC Charollaise de travaux publics.

Fait à Dijon, le 23 juillet 2021

Le juge des référés,

Le greffier,

N. ACH

J. TESTORI

La République mande et ordonne au préfet de Saône-et-Loire 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.