

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LILLE**

N°2000255

Société SFR

M. Frédéric Lesigne
Juge des référés

Ordonnance du 3 février 2020

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 13 janvier 2020 et le 27 janvier 2020, la société SFR, représentée par Me Feldman, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public engagée par le Groupement d'intérêt public (GIP) Réussir en Sambre Avesnois pour la location, l'installation et la maintenance matériel de téléphonie et d'accès à internet ainsi que d'abonnements pour le siège et les différentes antennes de Réussir en Sambre Avesnois (18 antennes), y compris la formation initiale des utilisateurs et des assistants informatiques, et la suspension de l'exécution de la décision du 31 décembre 2019 de rejet de son offre ;

2°) de mettre à la charge du Groupement d'intérêt public la somme de 1 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le pouvoir adjudicateur a commis un manquement à son devoir d'information prévu par l'article R. 2181-2 du code de la commande publique en ne fournissant pas le détail des notes obtenues sur chacun des sous-critères et les motifs de l'attribution des notes ;
- le pouvoir adjudicateur a commis des manquements aux règles de mise en concurrence s'agissant du critère prix et s'agissant des sous-critères d'évaluation de l'offre ;
- il a en outre dénaturé les termes de son offre ;
- il a manqué au principe d'impartialité ;
- certains sous-critères d'appréciation des offres sont entachés d'irrégularité.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 24 et 28 janvier 2020, le Groupement d'intérêt public Réussir en Sambre Avesnois conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de la société SFR une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- le moyen tiré du défaut d'information manque en fait ;
- il n'y a aucune erreur d'appréciation s'agissant du critère « prix ».

Par un mémoire enregistré le 28 janvier 2020 la société Orange conclut au rejet de la requête et demande que soit mis à la charge de la société SFR 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 SFR devait être écartée comme étant irrégulière et que les moyens soulevés doivent être rejetés.

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. Lesigne, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 28 janvier 2020, M. Lesigne a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Feldman, qui réfute le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre dès lors que le sous-critère relatif aux performances écologiques de la société n'était pas au nombre des critères susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres ; la procédure n'est pas transparente dès lors que le montant estimé du marché n'était pas connu ; le sous-critère 3 revêt un caractère discriminatoire ; le sous-critère 6 n'est pas pertinent et à titre subsidiaire l'article R. 2152-2 CCP a été méconnu ;
- Me Balaÿ, représentant le GIP, qui soutient que l'offre était incomplète et par suite irrégulière dès lors que la réponse au sous-critère 6 change substantiellement l'offre ;
- et de Me Chachereau, représentant la société Orange, qui conclut aux mêmes fins que ses écritures ;

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

La société SFR a produit une note en délibéré en date du 30 janvier 2020, laquelle ne justifie pas une réouverture de l'instruction.

Considérant ce qui suit :

1. 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération*

unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. » ; que l'article L. 551-2 du même code dispose que : « 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 ».

2. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; en vertu de cet article, 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 qui sont 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 auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

Sur le moyen tiré de l'insuffisante information du candidat évincé :

3. Aux termes de l'article R. 2181-2 du code de la commande publique : « *Tout candidat ou soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été rejetée peut obtenir les motifs de ce rejet dans un délai de quinze jours à compter de la réception de sa demande à l'acheteur. Lorsque l'offre de ce soumissionnaire n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, l'acheteur lui communique en outre les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché.* ». L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire le candidat en application de la disposition précitée a, notamment, pour objet de permettre à celui dont l'offre n'est pas retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 précité du code de justice administrative. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. En l'espèce, il résulte de l'instruction que, par lettre du 31 décembre 2019, le Groupement d'intérêt public a informé la société SFR de ce que son offre n'était pas retenue au motif qu'elle avait été classée en deuxième position, sans du reste indiquer le nom de l'attributaire. Puis il a communiqué à cette société, par e-mail en date du 17 janvier 2020, la grille d'analyse des offres comportant une évaluation du montant et du contenu des offres ainsi que les notes des différents critères. Dans ces conditions, les dispositions précitées de l'article R. 2181-2 n'ont pas été méconnues et la société SFR a été mise en mesure de contester utilement le rejet de son offre avant l'intervention de la clôture de l'instruction. Dès lors, le moyen tiré par la société requérante de l'insuffisante information du candidat évincé doit être écarté.

Sur les autres moyens :

4. D'une part, 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* ». 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 : (...) 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. » . Ces dispositions permettent au pouvoir adjudicateur de retenir, en procédure adaptée, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, un critère reposant sur la prise en compte de l'impact écologique des processus internes du candidat lorsque cette prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire.

5. D'autre part, aux termes de l'article R. 2152-2 du même code : « *Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. / La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles.* » Enfin, aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées* ».

6. Il résulte de l'instruction que le sous-critère 6 de l'évaluation du contenu de l'offre était afférent aux « moyens apportés à l'impact écologique de la structure dans ses procédures (label etc.) ». Un tel critère n'est pas étranger à l'objet du marché dès lors que ce dernier prévoit la fourniture de matériels de téléphonie et d'accès à internet et donc nécessairement implique une appréciation des conditions du recyclage de ces matériels quand ils sont obsolètes ou défectueux. Du reste, la société SFR a fait parvenir au pouvoir adjudicateur, dans le cadre d'une demande de régularisation, un document sur « les dispositifs de collecte et recyclage des équipements fixes et mobiles clients ». Il ne résulte pas de l'instruction que ce critère aurait un effet discriminatoire. Par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction que la régularisation de l'offre sur ce sous-critère a eu pour effet d'en modifier les caractéristiques substantielles. Par suite, la société Orange n'est pas fondée à soutenir que l'offre de SFR aurait dû être écartée comme irrégulière en vertu de l'article L. 2151-1 précité. Il suit de là que les manquements invoqués par la société SFR au stade de la mise en concurrence sont susceptibles de l'avoir lésée.

7. S'agissant du critère « prix », la société requérante n'invoque aucune disposition du code de la commande publique imposant la mention de la valeur estimée du marché dans l'avis d'appel public à la concurrence, lequel n'a du reste pas été produit. Par ailleurs, si, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'indiquer dans les documents de consultation les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre, il n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres. Le moyen doit être écarté.

8. S'agissant des sous-critères permettant d'évaluer la valeur technique des offres, la société SFR fait valoir que, s'agissant des sous-critères 1 et 2, l'intitulé des critères a changé dans le rapport d'analyse des offres, par rapport à l'intitulé figurant dans la grille d'évaluation. Toutefois, il n'appartient pas au juge des référés d'apprécier les mérites respectifs des offres en présence et, en tout état de cause, il ne résulte pas de l'instruction qu'il y ait eu rupture de l'égalité des traitements des candidats. Le moyen doit être écarté.

9. S'agissant du critère afférent à « l'expérience de la structure dans le domaine du projet concerné et ses références », la société Orange fait valoir à juste titre qu'eu égard à la technicité des prestations, qui incluent des services d'accès à internet sur 18 sites et la mise en place d'un VPN, l'objet du marché justifie objectivement le recours au critère, pondéré à hauteur de 20%, tenant aux références des candidats afin de prendre en considération leur expérience. La prise en compte de ce critère n'a pas eu d'effet discriminatoire. Le moyen doit être écarté.

10. Il n'appartient pas au juge du référé contractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

11. S'agissant du critère afférent à la « pertinence des moyens matériels utilisés », en se bornant à produire un extrait de sa « proposition commerciale » Pack Business Entreprises, la société requérante n'établit pas avoir inclus dans son mémoire technique, lequel n'est pas produit, une proposition relative à un profil « ligne softphone ». S'agissant du critère afférent aux « moyens mis en œuvre pour la fiabilité du réseau », en alléguant que la prestation d'accompagnement au déploiement du réseau ne pouvait en tout état de cause dépasser douze semaines et que le motif de la notation est entaché d'erreur d'appréciation, la société requérante, demande en réalité au juge du référé précontractuel d'apprécier les mérites de son offre, ce qui ne rentre pas dans sa mission. La société requérante n'est donc pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a dénaturé son offre.

12. S'agissant du critère afférent au « moyen apporté à l'impact écologique de la structure dans ses procédures », l'appréciation des mérites de l'offre de la société SFR sur ce point échappe à l'office du juge du référé précontractuel, conformément au principe énoncé au point 10.

13. Il résulte de tout ce qui précède que la requête susvisée doit être rejetée.

Sur les conclusions tendant à la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

14. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société SFR une somme de 1 500 euros au bénéfice de la société Orange et une somme identique au bénéfice du GIP Réussir en Sambre Avesnois au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Ces dispositions font toutefois obstacle à la demande de la société SFR tendant au versement d'une somme au même titre.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête susvisée est rejetée.

Article 2 : Il est mis à la charge de la société SFR une somme de 1 500 euros respectivement au bénéfice de la société Orange et au GIP Réussir en Sambre Avesnois au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société SFR, au Groupement d'intérêt public Réussir en Sambre Avesnois et à la société Orange SA.

Fait à Lille, le 03/02/2020.

Le juge des référés,

signé

F. LESIGNE