

N° 1301527

REPUBLIQUE FRANÇAISE

M. Jean-Charles Dayot

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

C/

Département de l'Indre et autre

Le Premier conseiller
au Tribunal administratif de Limoges

Audience du 5 novembre 2013

Juge des référés

Lecture du 6 novembre 2013

C

Vu la requête en référé, enregistrée par télécopie le 15 octobre 2013 et par courrier le 17 octobre 2013, présentée pour M. Jean-Charles Dayot, demeurant 19 rue du Sapin Vert à Buzançais (36500), par Me Casanova, avocat ; M. Dayot demande au juge des référés :

- d'annuler la procédure d'appel d'offres lancée par le département de l'Indre le 17 juillet 2013 ;

- de condamner le département de l'Indre à lui verser une somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

M. Dayot soutient :

- que son recours en référé est recevable puisqu'il a été introduit dans le délai de 16 jours après la notification du rejet des offres, délai prévu par les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics et qui doit être respecté avant la signature du contrat ;

- qu'il y a eu manquement aux obligations de mise en concurrence ;

- que l'examen des offres a été vicié ; qu'en conséquence, les motifs de rejet de son offre sont entachés d'illégalité ; que le système de notation pour le critère de la valeur technique ne laissait que peu de latitude dans l'analyse des offres, puisque les seules notes possibles, par exemple au sous-critère « intervenants affectés à la mission », étaient 0, 5 ou 10 sans aucune pondération entre ces notes ; qu'une telle pondération aurait pu le conduire à être le mieux-disant ;

- que le sous-critère « intervenants affectés à la mission » n'a pas été clairement défini en méconnaissance des règles de concurrence ; que le règlement de la consultation est rédigé de telle manière qu'il est impossible de savoir si ce critère recouvre le nombre des personnes

affectées à la mission ou la qualité des intervenants affectés ; que, dans la première hypothèse, le critère fait double-emploi avec celui du délai de livraison/exécution ; qu'ayant déjà travaillé sur des prestations identiques pour le conseil général de l'Indre, il était en mesure de savoir exactement le nombre de salariés nécessaires ; que pour chaque membre de l'équipe, il avait, en outre, indiqué le pourcentage du temps de travail passé sur le chantier ; que la qualité de ses intervenants est reconnue ; que la raison pour laquelle il lui a été attribué la note de 5/10 est donc difficilement compréhensible ; que ce critère, compris sous son aspect quantitatif, n'a pas de sens ; que la collectivité ne peut, sauf à méconnaître les règles de mise en concurrence, attribuer à un candidat une note supérieure, au seul motif qu'il indique affecter un plus grand nombre de salariés au chantier ; que, dans la seconde hypothèse, le critère est contraire aux règles de mise en concurrence puisqu'il ne repose sur aucun élément objectif ;

- que les manquements sont susceptibles de l'avoir lésé ; que l'absence d'un système permettant une véritable pondération a eu pour conséquence d'avantager la société Onillon-Duret ; que le respect des règles de mise en concurrence lui aurait permis d'être mieux-disant sur ce marché ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 26 octobre 2013, présenté pour la SELARL Onillon-Duret, par Me Pauliat-Defaye, avocat ; la SELARL Onillon-Duret demande au juge des référés :

- de rejeter la requête de M. Dayot ;

- de condamner M. Dayot à lui verser une somme de 2 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

La SELARL Onillon-Duret soutient :

- qu'en ce qui concerne le système de notation, notamment du sous-critère « intervenants affectés à la mission », il a été appliqué de la même manière aux deux offres ; que dès lors, le pouvoir adjudicateur n'a pas favorisé l'un ou l'autre des candidats ; que le juge du référé précontractuel ne peut se prononcer sur l'appréciation portée par la collectivité publique sur les mérites respectifs des candidats ; que le pouvoir adjudicateur définit librement les méthodes de notation ;

- qu'en ce qui concerne la définition du critère « intervenants affectés à la mission », il résulte de la comparaison des deux offres que le département a donné à ce critère un caractère à la fois quantitatif et qualitatif, ce qui justifie que le critère n'ait pas été davantage précisé ; qu'en outre, son équipe, tant du point de vue du nombre d'intervenants que de leur formation, méritait une note supérieure à celle proposée par M. Dayot ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 29 octobre 2013, présenté pour le département de l'Indre, représenté par le président du conseil général, par Me Lhéritier, avocat ; le département de l'Indre demande au tribunal :

- de rejeter la requête de M. Dayot ;

- de condamner M. Dayot à lui verser une somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Le département de l'Indre soutient :

- qu'en ce concerne le système de notation, aucun principe n'impose au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats de la méthode de notation retenue pour évaluer les offres au regard des critères de sélection ; que cette méthode échappe, en outre, au contrôle du juge du référé précontractuel, sauf erreur de droit ou discrimination illégale ; que le choix d'une méthode de notation du critère technique qui permettrait une différenciation des notes attribuées aux candidats ne constitue pas une atteinte à l'égalité de traitement ; que le système de notation qu'il a retenu est très simple ; qu'il a indiqué, alors qu'il n'y était pas tenu, la méthode de notation adoptée ; qu'étant libre de choisir la méthode de notation, il n'était pas tenu d'adopter une méthode de notation purement arithmétique ou millimétrée et pouvait adopter une méthode lui laissant une marge d'appréciation ; que le pouvoir adjudicateur doit se limiter à assurer une égalité formelle entre les candidats, par l'application de la même règle à tous, sans être tenu de prendre en compte les spécificités éventuelles de chacun ; que la même méthode de notation s'appliquait à tous les candidats ;

- qu'en ce qui concerne l'imprécision alléguée du sous-critère « intervenants affectés à la mission », un tel sous-critère, qui constitue une simple aide à l'appréciation des véritables critères de choix des offres, n'est pas obligé d'être aussi précis que les critères ; qu'en tout état de cause, le règlement de la consultation précisait expressément ce sous-critère en indiquant qu'il convenait de faire apparaître le nombre et le profil des personnes affectées au marché, ce qui constitue une précision suffisante ; que M. Dayot n'a demandé aucune précision quant à ce sous-critère ; qu'il résulte, en outre, de son offre qu'il a parfaitement compris que l'analyse de ce sous-critère impliquait tant l'analyse de la quantité, mais aussi des qualifications des personnes affectées ; qu'il était parfaitement fondé à apprécier tant la quantité que la qualité des personnes affectées à la mission ; que le sous-critère ne fait pas double-emploi avec le critère « délais d'exécution », qui ne concerne que les délais contenus dans les actes d'engagement ; que, pour apprécier la qualité des personnes affectées à la mission, ce qu'il peut faire, il peut tenir compte d'un faisceau d'indices, tels que la qualification, l'expérience professionnelle et le rôle dans l'exécution de la mission, éléments qui permettent une appréciation objective du sous-critère ;

- qu'en ce qui concerne l'erreur manifeste d'appréciation alléguée dans l'analyse de l'offre de M. Dayot, le pouvoir adjudicateur ne peut apprécier les garanties professionnelles techniques et financières qu'au stade de la sélection des offres ; qu'il ne pouvait, sauf à méconnaître les obligations de publicité et de mise en concurrence, prendre en considération des références de M. Dayot, éléments qui ont été appréciés lors de l'analyse de la candidature ; que ces éléments ne pouvaient être pris en compte lors de l'analyse du sous-critère relatif aux « intervenants affectés à la mission » ; que les notes attribuées aux deux concurrents reposent sur des raisons objectives tenant au nombre d'intervenants proposés, à leur qualification et leur expérience ; que M. Dayot n'avait pas apporté de précision concernant la possibilité de mise à disposition de personnes supplémentaires en cas de besoin ;

- qu'aucun des moyens soulevés n'est susceptible d'avoir lésé M. Dayot ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 31 octobre 2013, présenté pour M. Dayot, par Me Casanova, avocat ;

M. Dayot conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Il soutient, en outre :

- qu'en ce qui concerne le système de notation, le département ne justifie pas l'utilité du recours à ce système, sauf à lui permettre de manipuler ce critère afin d'orienter son choix vers le candidat le moins-disant ; que le principe d'égalité implique que les critères de sélection des offres ne présentent pas un caractère discriminatoire, ainsi que cela est rappelé par les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics ; que l'égalité de traitement s'applique également au moment de l'évaluation des offres ; que les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller à prévoir une pondération et des modalités de mise en œuvre permettant de mettre en évidence la valeur réelle de chacune des offres les unes par rapport aux autres ;

- qu'en ce qui concerne l'absence de définition suffisante du critère « intervenants affectés au marché », le caractère imprécis du critère est de nature à porter atteinte aux principes d'égalité de traitement, de non discrimination et de transparence ; que l'obligation d'information sur les critères de jugement des offres, qui sont au cœur des procédures de passation des marchés publics, est déterminante pour encadrer la liberté de choix du pouvoir adjudicateur, et assurer la transparence de la procédure et l'égalité de traitement entre les candidats ; que les candidats doivent être informés, a priori, de la teneur des critères ; que le département ne peut expliquer aujourd'hui le sens et la teneur du critère en cause ; qu'il ne saurait lui être reproché de n'avoir pas sollicité des explications puisqu'une entreprise ne saurait pallier aux carences du pouvoir adjudicateur ; que lorsque l'acheteur public fait usage de sous-critères pondérés ou hiérarchisés, dans des conditions leur conférant le caractère de véritables critères, ces références doivent être portées à la connaissance des candidats ; que ce sous-critère particulier doit être regardé comme un critère de sélection ;

- que les candidats n'ont pas été traités à égalité puisque le département a demandé, postérieurement à la date de remise des offres, des précisions à la seule entreprise Onillon-Duret ;

- qu'il y a illégalité à apprécier la valeur technique de l'offre en fonction des compétences des personnes affectées au projet ; que les capacités des candidats doivent être examinées dans la phase de sélection des candidats retenus aptes à exécuter le marché ;

- que le pouvoir adjudicateur a l'obligation, conformément aux dispositions de l'article 55 du code des marchés publics, d'identifier les offres susceptibles d'être anormalement basses, de demander des explications à leurs auteurs, et d'en apprécier la pertinence afin de prendre une décision d'admission ou de rejet ; qu'il s'agit d'une obligation pouvant être sanctionnée par le juge ; que cette méconnaissance entraîne une méconnaissance des obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics ; que l'offre déposée par la société Onillon-Duret doit être considérée comme une offre anormalement basse, le prix à l'hectare étant celui pratiqué sur un marché similaire en 1991 ;

Vu le mémoire en production, enregistré le 4 novembre 2013, présenté pour M. Dayot, par Me Casanova, avocat ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 4 novembre 2013, présenté pour la SELARL Onillon-Duret, par Me Pauliat-Defaye, avocat ;

La SELARL Onillon-Duret conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens ;

Elle soutient, en outre :

- qu'en ce qui concerne le système de notation, les jugements invoqués par M. Dayot sont relatifs à la mise en œuvre de la pondération, qui n'est pas ici contestée ; que le pouvoir adjudicateur définit librement les méthodes de notation ; que le système de notation a été appliqué de la même manière à tous les candidats ; que le département a donc respecté l'égalité de traitement dans l'analyse des offres ;

- qu'en ce qui concerne la demande de précisions qui lui a été adressée, le département a respecté les dispositions de l'article 2 de la directive n°2004/18/C.E. ; que la cour de justice de l'Union européenne admet que des explications puissent être demandées si elles se limitent à une simple clarification ou à la correction d'erreurs matérielles manifestes ; que c'est bien le cas en l'espèce, le courriel ayant eu uniquement pour objet de lever des incertitudes sur le nombre de candidats, au vu d'une contradiction dans l'offre ; que le mémoire de M. Dayot étant clair sur ce point, il n'y avait pas lieu de lui faire une demande de clarification ;

- qu'en ce qui concerne l'illégalité alléguée relative à l'appréciation de la valeur technique de l'offre en fonction des compétences affectées au projet, la capacité juridique de l'entreprise, contrôlée au stade de l'examen des candidatures, ne saurait être confondue avec les compétences techniques du candidat évaluées lors de l'examen des offres ;

- qu'en ce qui concerne l'offre anormalement basse alléguée, M. Dayot ne justifie pas ses allégations, notamment quant à l'application de la législation environnementale, alors que d'autres coûts ont baissé depuis les années 1990 ; qu'en outre, M. Dayot n'a pas lui-même proposé un prix supérieur à celui pratiqué en 1991 ; qu'enfin un remembrement autoroutier ne peut être comparé à un aménagement agricole et forestier ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 4 novembre 2013, présenté pour le département de l'Indre, par Me Lhéritier, avocat ;

Le département de l'Indre conclut aux mêmes fins pour les mêmes moyens ;

Il soutient, en outre :

- que c'est bien au moment de la consultation, dans le règlement de celle-ci, que le sous-critère relatif aux « intervenants à la mission » était suffisamment précis et compris de l'ensemble des candidats ;

- qu'en ce qui concerne la rupture alléguée d'égalité de traitement dans les demandes de précisions formulées auprès des candidats sur leurs offres, l'offre de M. Dayot présentait une simple faculté de substitution de deux intervenants par d'autres, ce qui n'induisait pas qu'il proposait de mettre à disposition du personnel supplémentaire pour exécuter la mission ; qu'en outre, à supposer qu'il ait effectivement entendu proposer des personnels supplémentaires, le département n'avait pas la possibilité de lui demander de préciser son offre sur ce point, dès lors

que les offres sont en principe intangibles et que le pouvoir adjudicateur ne peut demander au candidat que de rectifier une erreur purement matérielle commise dans son offre ; que le défaut de précision de l'offre de M. Dayot ne peut s'analyser comme en erreur purement matérielle ; qu'au contraire, l'offre de la SELARL Onillon-Duret comportait une contrariété dans les deux parties de son mémoire, ce qui l'autorisait à demander de préciser ; qu'enfin, l'article 59 du code des marchés publics n'impose pas au pouvoir adjudicateur de demander des précisions, mais lui en offre seulement la possibilité, appréciée discrétionnairement ; que le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'inviter l'ensemble des candidats à préciser leur offre lorsqu'il détecte une contradiction dans l'offre d'un seul ;

- qu'en ce qui concerne la rupture alléguée d'égalité de traitement tenant au système de notation retenu pour le critère relatif à la valeur technique, l'argumentation de M. Dayot procède d'une confusion entre les notations de critères de sélection, de pondération et de méthode de notation ; que les critères et sous-critères qui ont été retenus sont bien liés à l'objet du marché et non discriminatoires ; qu'ils ont été, ainsi que leur pondération, régulièrement annoncés ; qu'une méthode de notation appliquée au critère de la valeur technique ne saurait être identique à la notation appliquée au critère du prix, objet des jugements invoqués par M. Dayot ; que la méthode n'était pas binaire et n'aboutissait pas à un écart important ; que la méthode retenue a été favorable à M. Dayot pour certains sous-critères ;

- qu'en ce qui concerne la rupture alléguée d'égalité de traitement tenant à l'admission d'une offre anormalement basse, l'offre de la SELARL Onillon-Duret ne lui est pas apparue ainsi ; que le prix proposé est inférieur de 17 % seulement à la moyenne des autres offres, ce qui ne traduit pas un écart suspect ; que le prix est parfaitement cohérent avec le prix proposé par la société pour l'exécution d'un autre marché de services de même nature ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision du président du Tribunal administratif, en date du 17 octobre 2013, désignant Mme Marie Béria-Guillaumie, premier conseiller, en qualité de juge des référés en application des dispositions de l'article L. 511-2 du code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir laissé un délai pour s'assurer que les parties avaient bien pris connaissance des derniers mémoires, et au cours de l'audience publique du 5 novembre 2013, présenté son rapport et :

- entendu les observations de Me Maingourd, avocat de M. Dayot, qui rappelle que M. Dayot a candidaté au marché dont l'appel d'offres a été publié le 17 juillet 2013 ; qu'il a obtenu la note de 87,47 points, et été classé en deuxième position, tandis que la

SELARL Onillon-Duret, attributaire du marché, a obtenu la note de 90 points ; que plusieurs points posent problème ; qu'en ce qui concerne la méthode de notation du critère technique, et de ses trois sous-critères, adoptée par le département, le système retenu ne laissait que peu de latitude dans l'appréciation des offres ; que la méthode de notation est, certes, librement déterminée par l'administration, mais qu'elle doit être pertinente et ne doit pas avoir pour effet d'avantager certains candidats ; qu'en ce qui concerne le sous-critère « intervenants affectés à la mission », la SELARL Onillon-Duret a obtenu la note de 10 et lui la note de 5 ; que compte-tenu du système de notation, l'écart ne pouvait être inférieur à 5 points et l'a donc désavantagé sur la note globale ; que la différence entre sa note globale et celle obtenue par la société attributaire est inférieure à 5 points ; qu'un autre système de notation aurait pu lui permettre d'être le mieux-disant ; que le département ne justifie pas l'utilité du recours à ce système, qui constitue une méthode discriminatoire, permettant d'orienter le choix des offres vers la société la moins-disante ; que la mise en œuvre de la pondération doit refléter la valeur réelle des offres les unes par rapport aux autres ; qu'il y avait un problème de définition du sous-critère « intervenants affectés à la mission », en ce qu'on ne pouvait savoir s'il concernait le nombre de personnes affectées ou leur qualité ; qu'un sous-critère est assimilé à un critère quand il est susceptible d'exercer une influence sur la présentation et la sélection des offres ; que dans le cas où le critère recouvrait le nombre de personnes affectées, il faisait double-emploi avec le critère du délai d'exécution, et a été utilisé à mal ; que le marché peut être exécuté seulement par trois personnes ; qu'il ne sera exécuté qu'à l'automne 2015 ; que si le critère recouvrait un aspect qualitatif, il ne repose sur aucun élément objectif et est donc contraire au principe d'égalité de traitement ; qu'il ne peut être jugé de la qualité des intervenants ; qu'il ne peut lui être reproché d'avoir demandé des précisions car il ne peut pallier les carences du pouvoir adjudicateur ; qu'en ce qui concerne les échanges de courriels avec la SELARL Onillon-Duret après la date de remise des offres, la jurisprudence impose de traiter les candidats de manière égale et loyale ; qu'il aurait dû lui-aussi être interrogé, notamment sur les personnes supplémentaires prévues pour être affectées à l'exécution de la mission ; qu'il y a eu différence de traitement et que le département a usé des possibilités qui lui sont ouvertes de manière non égale ; qu'il est illégal d'apprécier la valeur technique de l'offre en fonction des capacités des personnes affectées au projet ; que la SELARL Onillon-Duret a présenté une offre anormalement basse ; que le code des marchés publics impose de rejeter une éventuelle offre anormalement basse après avoir demandé des précisions, sous peine de méconnaissance des obligations de mise en concurrence ; qu'il justifie de cette offre anormalement basse par la comparaison avec le prix d'un marché, similaire avec au demeurant moins de difficultés techniques, marché qui date de 1991 ;

- entendu les observations de Me Lhéritier, avocat du département de l'Indre, qui rappelle que la SELARL Onillon-Duret a emporté le marché en cause essentiellement sur le critère du prix, pour lequel elle a eu la note de 30, alors que M. Dayot a obtenu la note de 20, et accessoirement sur le critère du délai ; qu'il n'y a toujours pas de démonstration que le système de notation choisi aurait généré une discrimination illégale ; que cette méthode ne convient pas à M. Dayot sur un sous-critère alors que ce système de notation lui a été, en réalité, particulièrement favorable, puisqu'il a obtenu la note de 45 sur le critère technique, alors que la SELARL Onillon-Duret a obtenu une note inférieure ; que s'il y avait eu application d'une méthode plus nuancée, rien n'assure que M. Dayot aurait eu une note supérieure ; que le pouvoir adjudicateur a le pouvoir discrétionnaire de choisir la méthode de notation sauf discrimination illégale qui n'est pas démontrée en l'espèce ; que le système de notation en cause a été validé par la jurisprudence et appliquée de la même manière à tous les candidats ; que la notation n'est au demeurant pas binaire et un peu nuancée, puisque sont prévues les notes de 0, 5 et 10 ; que le sous-critère litigieux est précisé dans le règlement de la consultation ; qu'il n'y avait pas de possibilité d'être plus clair pour un sous-critère de la valeur technique ; que M. Dayot n'a pas eu de difficulté sur ce sous-critère puisqu'il n'a pas posé de question et que son offre était suffisante.

sur ce point, ce qui montre que la définition n'a posé aucune difficulté pour lui ; qu'en ce qui concerne la critique de la présence d'un topographe dans l'équipe de la SELARL Onillon-Duret, l'équipe de M. Dayot en comporte également un ; que la prise en compte de la qualité des intervenants ne fait pas double-emploi avec le délai de livraison et d'exécution qui était estimé uniquement à partir des actes d'engagement ; que le reproche concernant la prise en compte de la qualité des intervenants est difficilement compréhensible puisque cela est nécessaire pour apprécier la qualité de la valeur technique de l'offre ; que cela est validé par la jurisprudence ; qu'en ce qui concerne l'erreur manifeste alléguée quant à l'appréciation de l'offre de M. Dayot, les références ne peuvent être prises en compte qu'au stade de l'analyse des candidatures et ne l'ont pas été au niveau de l'analyse des offres ; que M. Dayot s'est vu affecter la note de 5/10 au sous-critère litigieux car le nombre de personnes proposées était moins élevé, et les qualifications mieux décrites dans l'offre de la SELARL Onillon-Duret ; qu'en ce qui concerne la demande de précision adressée à la société attributaire concernant le nombre de personnes affectées, son offre présentait une contradiction manifeste, ce qui n'était pas le cas de l'offre de M. Dayot, très claire ; qu'aucune obligation de rejeter l'offre de la SELARL Onillon-Duret comme anormalement basse ne s'imposait ; qu'il n'avait pas de raison de demander des explications à la société qui présentait une offre inférieure de 17 % seulement la moyenne des autres offres ; qu'en outre, le prix proposé était similaire à celui proposé dans un marché similaire en 2011, pour l'aménagement agricole et forestier de la commune de Langé ;

- entendu les observations de Me Monpion, avocat de la SELARL Onillon-Duret, qui rappelle que le système de notation a été appliqué de la même manière aux deux offres ; qu'il n'a pas favorisé un candidat ; que les jugements invoqués concernent seulement la mise en œuvre du système de pondération non contesté en l'espèce ; que le département a démontré que le sous-critère « intervenants affectés à la mission » était suffisamment défini dans le règlement de la consultation ; que la comparaison des deux offres montre que le pouvoir adjudicateur lui avait donné un caractère tant quantitatif que qualitatif ; qu'elle proposait une équipe plus nombreuse et avec des qualifications supérieures, ce qui constitue un élément objectif ; qu'en ce qui concerne la demande de précision qui lui a été adressée, son offre présentait une contradiction ; qu'il s'agissait uniquement de lever les doutes sur une erreur matérielle ; que le mémoire de M. Dayot était, au contraire, clair ; que le requérant a une interprétation trop extensive du principe d'égalité de traitement des candidats ; qu'en ce qui concerne l'examen des compétences, M. Dayot confond la capacité juridique des entreprises, examinée au stade de la sélection des candidatures, et la compétence technique des candidats, examinée au stade de la sélection des offres ; que l'offre anormalement basse n'est pas justifiée par M. Dayot ; que le requérant lui-même n'a pas proposé un prix supérieur à celui de 1991 ; que les marchés ne sont pas identiques ;

- interrogé, sur l'exécution du marché conclu en 2011 pour l'aménagement agricole et forestier de la commune de Langé, Me Lhéritier, avocat du département de l'Indre, qui indique l'exécution de ce marché par la SELARL Onillon-Duret est en cours, sans aucun problème, et que la société a pris de l'avance dans l'exécution de ce marché ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience ;

1. Considérant que le département de l'Indre a publié, le 17 juillet 2013, un avis d'appel d'offres relatif à un marché public de prestations intellectuelles, dans le cadre de l'aménagement agricole et forestier de la commune de Villentrois, marché dont la participation était réservée aux géomètres-experts ; que l'attributaire devait réaliser des prestations de classement et d'évaluation des immeubles à aménager, de recherche des propriétaires, de réalisation de travaux

topographiques, de mise au point d'un projet de nouvelle répartition parcellaire, d'implantation du projet sur le terrain et d'élaboration des documents et plans définitifs ; que le délai de présentation des offres expirait au 4 septembre 2013 ; que M. Dayot, géomètre-expert, a remis une offre ; que par décision du 4 octobre 2013, il lui a été indiqué que son offre n'avait pas été retenue et que le marché avait été attribué à l'entreprise Onillon-Duret, pour un montant de 346 660,60 euros TTC ; que M. Dayot demande, au juge des référés précontractuels, l'annulation de cette procédure ;

Sur les conclusions présentées en application des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. Considérant qu'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 »* ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 du code de justice administrative : *« 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, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local »* ; qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 ; qu'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. Considérant qu'il résulte du règlement de la consultation du marché en cause que les offres seraient examinées selon trois critères, tenant à la valeur technique, le prix et le délai d'exécution ; que le critère tenant au délai d'exécution était affecté de vingt points ; que le critère tenant au prix était affecté de trente points ; qu'enfin le critère tenant à la valeur technique était affecté de cinquante points ; que ce dernier critère était décomposé en sous-critères tenant à la méthodologie et l'organisation à hauteur de trente points, les intervenants affectés à la mission à hauteur de dix points et les moyens matériels affectés à la prestation à hauteur de dix points ;

4. Considérant, en premier lieu, que, 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, l'information des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les

conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ; qu'en outre, si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ;

5. Considérant que M. Dayot soutient que le sous-critère relatif aux intervenants affectés à la mission était insuffisamment défini dans le règlement de la consultation et qu'il lui était impossible de déterminer si ce sous-critère recouvrait un aspect quantitatif ou qualitatif ; qu'en l'espèce, cependant, le règlement de la consultation du marché en cause indiquait, au point 6.3 intitulé « éléments nécessaires au choix de l'offre », que les candidats devraient produire, au sein d'un sous-dossier, plusieurs éléments dont un mémoire justificatif portant sur « la méthodologie et l'organisation prévues pour la mise en œuvre du marché, / la liste des personnes affectées au marché en faisant apparaître précisément le nombre, le profil (qualification, expérience) de chacune d'entre elles afin de respecter la qualité imposée, / les moyens matériels affectés au marché » ; que par cette mention, les conditions de mise en œuvre de ce sous-critère, affecté de dix points, étaient suffisamment portées à la connaissance des candidats à l'attribution du marché public ; que ces indications permettaient, contrairement à ce que soutient le requérant, aux candidats de savoir que le sous-critère recouvrait à la fois un aspect quantitatif, qui s'il exerce nécessairement une influence sur le critère relatif aux délais d'exécution, ne saurait être regardé comme se confondant avec ce dernier, et un aspect qualitatif, lequel repose sur des éléments objectifs tels que la qualification ou l'expérience des intervenants affectés par le candidat à la réalisation de la mission ; qu'il suit de là que M. Dayot n'est pas fondé à soutenir que l'information sur le sous-critère relatif aux intervenants affectés était insuffisamment précise en méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ;

6. Considérant, en deuxième lieu, que la méthode de notation des offres ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale ; qu'en outre, les personnes publiques peuvent, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation conduisant à un important écart de notes entre les offres ;

7. Considérant que M. Dayot soutient que la méthode de notation adoptée par le département de l'Indre, notamment pour l'appréciation du sous-critère relatif aux intervenants affectés à la mission, par son caractère non arithmétique, était de nature à créer une discrimination à son détriment ; qu'il résulte du règlement de la consultation du marché en cause que pour l'appréciation de ce sous-critère, les candidats pouvaient se voir attribuer la note de 10 points correspondant à « bien », la note de 5 points correspondant à « satisfaisant » ou la note de 0 point correspondant à « insuffisant » ; que contrairement à ce que soutient le requérant, cette notation permettait une analyse objective des offres et un écart de notes, entre les candidats, proportionnel à la qualité des offres sur l'aspect concerné par le sous-critère ; que le département de l'Indre pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats, ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation de ce sous-critère technique, permettait une différenciation nette des notes attribuées au candidat, notamment par l'attribution des seules notes 0, 5 et 10 ; qu'en outre, l'application de

cette méthode, à l'ensemble des candidats à l'attribution du marché public, n'a pas eu pour effet, malgré la construction d'une grille de correspondance entre appréciation et note, d'introduire une rupture d'égalité entre les candidats ; qu'il ne résulte aucunement de l'instruction que le système de notation des offres retenu par le département de l'Indre aurait été défini et mis en œuvre de manière à avantager, à travers la notation du critère technique, le moins-disant des candidats ; qu'il suit de là que le moyen doit être écarté ;

8. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes des dispositions de l'article 52 du code des marchés publics : « *Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. (...) / Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées (...)* » ; qu'aux termes de l'article 53 du même code : « *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 de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché (...)* » ;

9. Considérant que M. Dayot ne peut utilement soutenir qu'il y aurait illégalité à apprécier la valeur technique de l'offre en fonction des compétences des personnes affectées au projet ; qu'il résulte, en effet, des dispositions citées ci-dessus du code des marchés publics que la compétence des intervenants du candidat, définie par la qualification et l'expérience de ceux-ci, relève bien de l'appréciation de la valeur technique d'une offre ; que cette dernière n'est pas assimilable aux capacités professionnelles, techniques et financières au sens des dispositions de l'article 52 du code des marchés publics, lesquelles doivent être examinées au stade de l'examen des candidatures ; qu'il suit de là que le moyen doit être écarté ;

10. Considérant, en quatrième lieu, qu'il appartient au juge des référés précontractuels de relever des manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence mais non d'apprécier les mérites respectifs des offres ; que M. Dayot ne peut donc utilement invoquer l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise le département de l'Indre dans l'appréciation de la valeur de son offre, et plus précisément dans l'appréciation de la valeur technique de son offre ;

11. Considérant, en cinquième lieu, qu'aux termes de l'article 55 du code des marchés publics : « *Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies (...)* » ;

12. Considérant que M. Dayot, qui a présenté, pour le marché public en cause, une offre à hauteur de 428 096,24 euros, soutient que le département de l'Indre ne pouvait, sans méconnaître les obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics, s'abstenir d'écarter l'offre de la SELARL Onillon-Duret comme anormalement basse ; qu'il résulte de l'instruction, et notamment de la décision du 4 octobre 2013 que l'offre présentée par la SELARL Onillon-Duret s'élevait à 346 660,60 euros TTC ; que cependant, M. Dayot, qui se borne à invoquer la comparaison entre le prix à l'hectare résultant d'un marché de 1991 et le prix à l'hectare proposé par la société attributrice du marché, et à invoquer la plus grande complexité de la législation applicable, n'établit pas que le prix proposé serait anormalement bas et susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ; qu'en outre, il résulte de l'instruction que le prix proposé, en 2013, par la SELARL Onillon-Duret est relativement proche du prix que cette même société avait proposé dans un marché similaire, qui lui avait été attribué en 2011 et qui est en cours d'exécution sans que des difficultés majeures soient apparues ; qu'il suit de là qu'il ne résulte pas de l'instruction que le département de l'Indre ait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas l'offre de la société attributrice du marché comme une offre anormalement basse ; que le moyen doit donc être écarté ;

13. Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes de l'article 59 du code des marchés publics, applicable aux appels d'offres ouverts : « *I. ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre (...)* » ; que, si le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter un candidat à préciser ou à compléter une offre irrégulière, il peut toutefois demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur ; qu'en outre, si les dispositions de l'article 59 du code des marchés publics s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue ;

14. Considérant que M. Dayot soutient que le département de l'Indre a méconnu le principe d'égalité entre les candidats en adressant, postérieurement à l'expiration du délai de remise des offres, un courriel à la SELARL Onillon-Duret pour lui demander des explications relatives au nombre d'intervenants affectés à la réalisation de la mission, et en s'abstenant de lui demander des explications similaires ; qu'il est, en l'espèce, constant qu'il existait, dans le mémoire de la société finalement attributrice du marché, une contradiction apparente entre les pages 5 et 6 de son mémoire, faisant apparaître une liste de onze personnes, et les pages 7, 8 et 9 ne faisant apparaître que neuf personnes ; que décelant cette erreur, le département de l'Indre a adressé à la SELARL Onillon-Duret un courriel pour lui demander de préciser la liste des personnes affectées au marché ; que la société a précisé en indiquant que la liste de onze personnes correspondaient à ses moyens globaux sur un aménagement foncier, mais que le chantier en cause nécessitait l'intervention de neuf personnes ; qu'ainsi, la SELARL Onillon-

Duret n'a pas modifié son offre, mais n'a fait qu'apporter une précision sur une contradiction apparente, dont nul n'aurait pu, ensuite, se prévaloir de bonne foi ; que dès lors, si le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de procéder à l'invitation de la société à préciser ce sous-critère, il n'a pas, en y procédant, manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en outre, l'offre de M. Dayot ne comportant sur ce point aucune contradiction ou ambiguïté similaire, le département de l'Indre n'était pas tenu de lui adresser une invitation similaire ; qu'il suit de là qu'en s'abstenant d'y procéder, le département défendeur n'a pas méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats ; que le moyen doit donc être écarté ;

15. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. Dayot n'est pas fondé à contester, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, la procédure de passation du marché public de prestations intellectuelles, dans le cadre de l'aménagement agricole et forestier de la commune de Villentrois ;

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

16. Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* » ;

17. Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que le département de l'Indre, qui n'a pas la qualité de partie perdante dans la présente instance, verse à M. Dayot la somme que ce dernier demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

18. Considérant, d'autre part, qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions du département de l'Indre et de la SELARL Onillon-Duret présentées en application de ces dispositions ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête en référé présentée par M. Dayot est rejetée.

Article 2 : Les conclusions du département de l'Indre et de la SELARL Onillon-Duret tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à M. Jean-Charles Dayot, au département de l'Indre et à la SELARL Onillon-Duret.

Limoges, le 6 novembre 2013

Le juge des référés,

Le greffier,

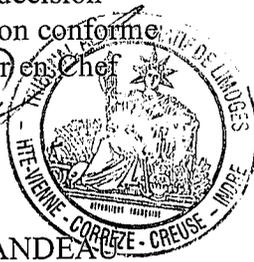
M. BERIA-GUILLAUMIE

M. MARSALY

La République mande et ordonne
au préfet de l'Indre 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 en Chef



S. CHATANDEA