

Tribunal Administratif de Lyon, 25 juillet 2022, n°2205000

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 1er juillet et 18 juillet 2022, la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne, représentée par Me Camière, demande au juge des référés, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- 1°) d'enjoindre à la commune d'Andrézieux-Bouthéon de communiquer toutes les informations sollicitées dans sa demande de communication des motifs détaillés du 28 juin 2022, ainsi que le classement initial des offres avant la phase de négociation ;
- 2°) d'annuler la décision de rejet de l'offre du groupement représenté par INEO Rhône-Alpes-Auvergne, prise par la commune d'Andrézieux-Bouthéon le 28 juin 2022, comme la décision d'attribution prise au bénéfice du candidat attributaire ;
- 3°) de suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat,
- 4°) d'enjoindre à la commune d'Andrézieux-Bouthéon, si elle entend poursuivre cette opération, de reprendre la procédure au stade du lancement de la consultation, et ce, dans le délai d'un mois suivant la notification de l'ordonnance à intervenir sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard ;
- 5°) à titre subsidiaire, d'enjoindre à la commune d'Andrézieux-Bouthéon, si elle entend poursuivre cette opération, de reprendre la procédure au stade de la phase de négociation des offres, en régularisant l'ensemble des manquements et ce, dans le délai d'un mois suivant la notification de l'ordonnance à intervenir sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard ;
- 6°) de mettre à la charge de la commune d'Andrézieux-Bouthéon une somme de 6 000 euros à lui verser au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ;
- l'entretien d'audition/négociation n'a pas été régulier ce qui a porté atteinte au principe d'égalité des candidats ;
- elle est légitimement en droit de s'interroger sur la réalité des notes indiquées dans le tableau, qui lui a été communiqué et sur la régularité de la mise en œuvre des sous-critères de notation de l'offre tels que figurant dans le dossier de consultation ;
- les notes obtenues sur les sous-critères ainsi que les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, de même que de la consistance du prix de l'offre de l'attributaire n'ont pas été communiqués ;
- elle émet des doutes sur la mise en œuvre des sous-critères du poste G1 lié à la qualité des propositions en termes de performance énergétique, où elle a obtenu 20 points de moins que CITEOS ;
- son offre a été dénaturée sur ce point ;
- elle s'interroge donc sur le point de savoir si les tranches optionnelles CITEOS sont incluses dans la note « prix » ; CITEOS a-t-il véritablement prévu un remplacement intégral des points lumineux, à l'instar d'INEO, ou a-t-il été considéré que tel serait le cas alors qu'il ne viendrait qu'installer un module de télégestion au luminaire,

cette décomposition étant prévue dans le cadre des quantités mises en œuvre sur le poste G4 ;

- elle conteste l'objectivité de la notation de la valeur technique, en l'absence de toute précision quant aux éléments ayant fondé la notation sur les sous-critères pondérés de la valeur technique ;
- il en résulte un manquement caractérisé à l'obligation de transparence des procédures, alors que le tableau de notation communiqué par l'acheteur fait apparaître des incohérences manifestes dans la notation. Par un mémoire en intervention, enregistré le 13 juillet 2022, la SAS Alcyon, la société SCIE Loire, et l'Entreprise Electrique, dénommées ensemble le groupement CITEOS, représentées par la SELARL Guimet avocats, concluent au rejet de la requête et demandent qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne à leur verser sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Le groupement CITEOS soutient que :
 - la requérante n'établit pas en quoi les manquements allégués l'auraient lésée ;
 - les moyens ne sont pas fondés. Par un mémoire en défense, enregistré le 13 juillet 2022, la commune d'Andrézieux-Bouthéon, représentée par Me Saban, conclut au rejet de la requête et demande qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne à lui verser sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Elle soutient que :
 - la capacité à agir de la personne représentant la requérante n'est pas établie ;
 - la lettre du 24 juin 2022 adressée à la requérante comportait des erreurs matérielles, consistant en l'inversion des noms des sociétés candidates ;
 - une seconde erreur matérielle affectait le poste T03-G5 Gestion des illuminations festives, qui était présenté avec 5 points d'écart entre la requérante et CITEOS mais qui dépassait le nombre de points du sous-critère, à savoir 30 points ;
 - ces erreurs ont été corrigées par une lettre du 30 juin 2022 ;
 - la requête fait abstraction de la lettre du 30 juin 2022 ;
 - la phase d'audition/négociation a démarré avec retard ; les entreprises ont bénéficié du même temps d'écoute ; chaque entreprise a eu la parole en dernier et pouvait donc apporter toute information utile ; cette phase a donc été régulière. Par un mémoire en défense distinct, au sens de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, enregistrée le 19 juillet 2022, la commune d'Andrézieux-Bouthéon a produit le rapport d'analyse des offres définitives. Par un mémoire enregistré le 21 juillet 2022, à 10 heures 52, la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne conclut aux mêmes fins que sa requête, par les mêmes moyens. Elle ajoute que :
 - le détail de la notation et du prix, communiqué par le mémoire de la commune du 19 juillet, confirme les incohérences s'agissant de la mise en œuvre des critères et de la dénaturation de son offre ; sur le critère prix, étant moins-disante, elle devait obtenir

le maximum de points, le groupement CITEOS, ne devant obtenir que 292,64 points ;

- il y a une dénaturation de son offre en ce qui concerne le sous-critère N1.1.2, poste G1, relatif à l'exactitude de la consommation énergétique et des économies ; elle devait obtenir la note de 20/20 ;
- compte tenu de ces deux erreurs, elle devait être attributaire du marché ;
- il est peu probable que l'offre du groupement CITEOS ait pu, en maintenant un prix sincère, contenir un volume de reconstruction de 2 397 luminaires ; ou alors la mise en œuvre du sous-critère relatif au volume de reconstruction est irrégulière.
Vu les autres pièces du dossier.
Vu :
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.
La présidente du tribunal a désigné Mme Wolf, présidente honoraire, 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 en présence de Mme Schult, greffière d'audience, Mme A a lu son rapport et entendu :
- les observations de Me Camière, représentant la société requérante,
- et les observations de Me Guimet, représentant le groupement CITEOS,
- et les observations de Me Ferrand, représentant la commune d'Andrézieux-Bouthéon.
La clôture de l'instruction a été reportée au jeudi 21 juillet 2022 à 16 h, ainsi que les parties en ont été informées à l'audience.

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. / Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. / 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 ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique 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, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local () ». 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 auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

2. La commune d'Andrézieux-Bouthéon a lancé un avis d'appel public à la concurrence pour passer, selon une procédure adaptée, un marché public global de performance associant la modernisation, la rénovation, l'exploitation, la maintenance et la gestion des installations d'éclairage public et des installations connexes de la commune. La société INEO Rhône-Alpes-Auvergne conteste la procédure de passation du marché ayant conduit à son attribution au groupement CITEOS.

Sur la recevabilité de la requête :

3. En tant que membre du groupement constitué de la société TP Bernard et d'elle-même, la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne, a un intérêt lui donnant qualité pour saisir le juge du référé précontractuel après que l'offre du groupement dont elle faisait partie eut été rejetée. Sa requête régulièrement présentée, en son nom avec son identité commerciale est recevable, contrairement à ce que soutient la commune d'Andrézieux-Bouthéon.

4. Si la commune d'Andrézieux-Bouthéon oppose une fin de non-recevoir tirée de l'absence d'intérêt lésé au sens de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, cette dernière disposition détermine l'opérance des manquements invoqués et non la recevabilité de la requête. En tout état de cause, la société requérante, dont les offres ont été rejetées, a dans cette mesure intérêt à contester la procédure de passation, sans préjudice de l'examen de ses moyens.

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

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence de communication des motifs de rejet de l'offre :

5. Aux termes de l'article R. 2181-1 du code de la commande publique : » L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre « . Aux termes de l'article R. 2181-2 du même code : » 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 « .

6. Il résulte de l'instruction que la commune d'Andrézieux-Bouthéon a adressé un premier courrier, daté du 24 juin 2022, informant la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne que son offre n'était pas retenue et comportant un tableau de décomposition des notations. Ce tableau comportait une incohérence, relevée par des courriers en date des 28 et 29 juin 2022 de la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne, qui demandait en outre la communication du rapport d'analyse des offres, ou des éléments de notation et de classement comprenant les notes des sous-critères, du montant détaillé (tranches optionnelles comprises) de l'offre de

l'attributaire, des lettres informant les candidats des conditions de négociation ainsi que des courriers de clôture des négociations, des rapports d'audition, ainsi que de l'ensemble des documents du marché que la commune envisageait de signer (acte d'engagement signé et ses annexes, CCAP, offre de prix global).

7. Devant le tribunal la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne renouvelle sa demande de communication de l'ensemble de ces documents, outre la communication du classement initial des offres avant négociation.

8. L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise en application des dispositions précitées a notamment pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

9. Il résulte de l'instruction qu'en cours d'instance, la commune d'Andrézieux-Bouthéon, qui avait déjà envoyé le 30 juin 2022, un tableau rectifié de décomposition des notes, a produit la copie du courrier du 19 juillet 2022 adressé à la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne comportant l'analyse technique complète des offres (critères et sous-critères), ainsi que le détail des montants de l'offre retenue (tranches optionnelles comprises). La production par mémoire distinct, sur le fondement de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, du rapport d'analyse des offres, qui comportent des informations relevant du secret des affaires, a permis au juge des référés de vérifier la conformité au rapport d'analyse des offres des informations transmises le 19 juillet par la commune d'Andrézieux-Bouthéon à la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne.

10. La commune a également produit le programme fonctionnel des besoins, qui, au surplus constituait une annexe du règlement de consultation, et la lettre de cadrage, rédigée dans les mêmes termes, envoyée, après leur audition aux trois entreprises dont la candidature avait été sélectionnée dans une première phase. Le CCAP du marché constituait l'annexe 5 du dossier de consultation, à laquelle la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne a nécessairement eu accès. Il résulte de l'instruction que la lettre de cadrage invitait les entreprises à déposer leur offre définitive et valait donc clôture de la phase de négociation, pour laquelle aucune formalité expresse n'était prévue au règlement de consultation.

11. Si le point 4. du règlement de consultation prévoit une phase préalable de sélection des candidats, conduisant à n'en retenir que trois et donc, nécessairement, à classer les dossiers de candidature, le classement des entreprises invitées à présenter une première offre n'a qu'un caractère provisoire, et les dispositions précitées de l'article R. 2181-1 du code de la commande publique n'imposent pas à l'acheteur de communiquer ce classement aux entreprises retenues.

12. Il résulte des explications données à l'audience, par la commune d'Andrézieux-Bouthéon, que celle-ci n'a pas établi de procès-verbal de l'audition des trois entreprises retenues pour la phase de négociation. Toutefois, aucune disposition législative ou réglementaire n'exige la rédaction d'un procès-verbal de cette audition. Enfin la commune ne pouvait, en tout état de cause, produire à l'instance, les actes d'engagement signés, dès lors qu'elle a suspendu la signature du marché, dès qu'elle a reçu notification de la requête de la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne.

13. Il résulte de tout ce qui précède que la commune d'Andrézieux-Bouthéon n'a pas méconnu les obligations lui incombant au regard des articles R. 2181-1 et R. 2181-2 du code de la commande publique. La société requérante n'est, par suite, pas fondée à soutenir que l'acheteur public a commis, sur ce point, des manquements à ses obligations de publicité et de transparence des procédures.

En ce qui concerne les manquements aux principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures relatifs à la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse :

14. Aux termes du point 4.2 du règlement de consultation : » A l'issue de l'examen des candidatures, la collectivité invite les candidats dont la candidature a été retenue (dans la limite des 3 premiers à remettre une offre. A réception des offres, il sera effectué une première analyse des offres. Chaque candidat admis à négocier est entendu dans des conditions d'égalité. Ainsi, le pouvoir adjudicateur fait bénéficier tous les candidats du même niveau d'information « . Aux termes du point 4.3 : » A l'issue du classement initial . Le pouvoir adjudicateur adresse aux candidats une invitation à présenter leur offre au cours d'une audition. Le pouvoir adjudicateur peut discuter avec les candidats de tous les aspects du projet, c'est-à-dire de toute question d'ordre organisationnel, technique, architectural, fonctionnel, financier, juridiques, et/ou administratif. / A l'issue de la session d'auditions, le pouvoir adjudicateur adresse aux candidats une invitation à remettre leur offre définitive accompagnée d'une lettre de cadrage précisant les attendus de la collectivité «

15. La société INEO Rhône-Alpes-Auvergne soutient n'avoir pas bénéficié des mêmes conditions d'audition que le groupement CITEOS, qui a obtenu le marché. Selon les attestations établies par les salariés qui l'ont représentée lors de l'audition, celle-ci aurait duré 55 minutes, alors que les représentants du groupement CITEOS ont été reçus pendant 1 heure 10. La commune fait valoir en défense, que les auditions ont commencé avec retard mais qu'en aucun cas la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne n'a été tenue d'abrégé sa présentation, qu'invités en fin d'audition à reprendre la parole, ses représentants n'ont pas souhaité ajouter d'autres points. En tout état de cause, aucun classement n'est intervenu à l'issue de ces auditions. La commune d'Andrézieux-Bouthéon a envoyé aux trois entreprises entendues, un courrier les invitant à présenter une offre définitive, accompagnée d'une lettre de cadrage présentant ses attendus. Seules les offres définitives ont fait l'objet d'une notation selon les critères prévus au règlement de consultation. Dans ces conditions, la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne n'a pas été lésée par les conditions de son audition.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'irrégularité dans la mise en œuvre des critères et sous-critères :

16. Il résulte de l'instruction que l'article 7.1 du règlement de la consultation prévoyait une note N7 de 300 points, au titre du coût global de l'offre, c'est-à-dire du coût de la tranche ferme et des tranches optionnelles. Il n'est pas contesté que l'annexe 3 au règlement de consultation prévoit que la méthode de notation utilisée pour le « coût global de l'offre Tranche ferme + Tranches optionnelles » est celle de la règle de 3 inversée.

17. Or il résulte de l'instruction que les notes attribuées à la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne et au groupement CITEOS l'ont été au vu de l'offre de prix de la seule tranche ferme, et non de celle-ci et des tranches optionnelles. En prenant en compte le prix de l'offre global, la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne devait obtenir 300 points, et non 294,70 points. Le groupement CITEOS ne devait pas obtenir 300 points mais seulement 292,63 points, ce qui réduit à 11 points l'écart entre les deux entreprises.

18. Il résulte également de l'instruction que la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne a obtenu 0/20 au titre du sous-critère N.1.1.2 « Exactitude de la consommation énergétique et des économies », au motif d'un « Ecart de 2 119,52 kWh sur le calcul de consommation d'énergie entre le fichier de cadrage et l'annexe » 21 – calcul des consommations d'énergie « . Or la lettre de cadrage établie par la commune mentionnait une consommation annuelle d'énergie de 1 110 000 kWh par la commune d'Andrézieux-Bouthéon et l'annexe 21 de l'offre de la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne indique une consommation de 1 110 044,96 kWh, ce qui constitue une différence non significative et en tout état de cause très inférieure à celle de 2 119,52 kWh, mentionnée dans l'analyse des offres. Le motif pour lequel l'offre de la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne n'a obtenu aucun point au titre du sous-critère N.1.1.2 « Exactitude de la consommation énergétique et des économies » est donc douteux et doit être réapprécié dans son principe comme dans son montant.

19. En revanche, il ne résulte de l'instruction ni que la commune d'Andrézieux-Bouthéon ait dénaturé l'offre du groupement CITEOS en lui attribuant 20 points au titre du sous-critère N.4.4.1 Volume de reconstruction des luminaires éclairage public en Leds, ni que l'offre de cette société aurait été anormalement basse.

20. Dans ces conditions, compte tenu des points 17 et 18 de la présente ordonnance, il y a lieu de reprendre la procédure, non pas au stade du lancement de la consultation, mais au stade de l'analyse des offres, si la commune entend y donner suite.

Sur les frais liés au litige :

21. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, à verser à la commune d'Andrézieux-Bouthéon et aux sociétés du groupement CITEOS. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre une somme de 1 500 euros à la charge de la commune d'Andrézieux-Bouthéon à verser à la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne au titre des frais du litige.

O R D O N N E :

Article 1er : La procédure engagée par la commune d'Andrézieux-Bouthéon pour la passation d'un marché public global de performance associant la modernisation, la

rénovation, l'exploitation, la maintenance et la gestion des installations d'éclairage public et des installations connexes est annulée au stade de l'analyse des offres, dans les conditions précisées aux points 17 et 18 de la présente ordonnance.

Article 2 : La commune d'Andrézieux-Bouthéon versera à la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne une somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société INEO Rhône-Alpes-Auvergne, à la SAS Alcyon, la société SCIE Loire, et l'Entreprise Electrique et à la commune d'Andrézieux-Bouthéon.

Fait à Lyon, le 25 juillet 2022.

La juge des référés,

A. A

La greffière,

K. Schult

La République mande et ordonne au préfet de la 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.

Pour expédition,

Un greffier