

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LYON**

N°2001965

SARL AED AMIANTE ET ENVIRONNEMENT

M. Stillmunkes
Juge des référés

Ordonnance du 10 avril 2020

39-08-015-01
C - ChD

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 11 mars 2020, ensemble un mémoire complémentaire enregistré le 7 avril 2020, la SARL AED amiante et environnement, indiquant agir en tant que mandataire du groupement qu'elle compose avec la SARL AED expertises, représentée par Me Frölich, 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°) à titre principal, d'enjoindre à l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon (« Lyon métropole habitat ») de reprendre, au stade de l'examen des offres, la procédure qu'il a engagée pour la passation d'un marché de réalisation de diagnostics techniques réglementaires avant démolition, relocation, vente et travaux, s'agissant du lot n° 3, qui porte sur les diagnostics avant relocation et avant vente ;

2°) à titre subsidiaire, d'annuler ladite procédure ;

3°) de mettre à la charge de l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon une somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société requérante soutient que :

– le marché ne pouvait être passé selon la procédure concurrentielle avec négociation, alors qu'il ne relève pas des prévisions de l'article 25, paragraphe II, de l'ordonnance du 25 mars 2016 ;

– l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon a méconnu l'article 99, II, du décret du 25 mars 2016, dès lors qu'elle n'a pas été informée du détail des notes obtenues par les attributaires et des motifs du choix, en dépit de sa demande ;

– les critères méconnaissent l'article 62 du décret du 25 mars 2016, dès lors qu'ils sont imprécis ;

- le dossier de consultation des entreprises a été modifié en cours de procédure, concernant le prix, en méconnaissance de la norme NFX 46-020 à laquelle renvoie l'article 2.1 du CCTP, sans qu'elle dispose du temps nécessaire pour adapter son offre ;
- la modification des conditions du projet de marché méconnaît la norme précitée NFX 46-2020 en imposant des modalités d'exécution irrégulières ;
- la méconnaissance de la norme précitée NFX 46-2020 révèle une insuffisante définition des besoins et les offres ne peuvent être regardées comme respectant cette norme.

Par un mémoire en défense enregistré le 30 mars 2020, l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon, représenté par la SELAS Fiducial legal by Lamy (Me Midol-Monnet), conclut :

1°) au rejet de la requête ;

2°) à ce que la somme de 4 000 euros soit mise à la charge de la SARL AED amiante environnement au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

L'office public de l'habitat de la métropole de Lyon soutient que :

- les moyens invoqués ne sont pas fondés ;
- la société requérante n'a pas été lésée.

Un mémoire en défense complémentaire, présenté par l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon, représenté par la SELAS Fiducial legal by Lamy (Me Midol-Monnet), a été enregistré le 9 avril 2020 à 16h58 et n'a pas été communiqué en l'absence d'élément nouveau déterminant.

Les sociétés « ARC - SOCOBAT expertises » et « ADIAG », ainsi que la société « Expert habitat & industrie ingénierie » représentant pour sa part le groupement conjoint qu'elle forme avec la société « Air habitat & industrie », dont les offres ont été retenues, ont été régulièrement mises en cause.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique, ensemble l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et notamment son article 20 ;
- le code de la construction et de l'habitation et notamment son article L. 421-26 ;
- les ordonnances n° 2020-305 et 2020-306 du 25 mars 2020, ensemble la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

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

Par courrier en date du 16 mars 2020 et eu égard au contexte exceptionnel de crise sanitaire grave, les parties ont été averties de ce que l'audience, initialement prévue au 24 mars 2020, était renvoyée.

Par courrier en date du 1er avril 2020, les parties ont été informées de ce que, en application de l'article 9 de l'ordonnance n°2020-305 du 25 mars 2020, l'affaire serait jugée sans audience, la clôture de l'instruction étant fixée au 9 avril 2020 à 17 heures.

Considérant ce qui suit :

Sur la procédure mise en œuvre :

1. Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance susvisée du 25 mars 2020 : « *Durant la période comprise entre le 12 mars 2020 et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 22 mars 2020 susvisée, il est dérogé aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux juridictions administratives dans les conditions prévues au présent titre* ». Aux termes de l'article 9 de la même ordonnance : « *Outre les cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, il peut être statué sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé. Le juge des référés informe les parties de l'absence d'audience et fixe la date à partir de laquelle l'instruction sera close (...)* ». Eu égard au risque pandémique majeur qui a justifié la déclaration d'état d'urgence sanitaire, qui décommande la tenue de réunions hors les cas où elles seraient impérativement nécessaires, et alors que les parties ont été mises en mesure de présenter chacune de façon complète leurs observations sur les points déterminants du litige, la procédure prévue par les dispositions qui viennent d'être citées a été mise en œuvre.

Sur les conclusions présentées au titre des articles L. 551-1 et suivants 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, 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.

3. L'office public de l'habitat de la métropole de Lyon (« Lyon métropole habitat ») a engagé la procédure de passation d'un marché de réalisation de diagnostics techniques réglementaires avant démolition, relocation, vente et travaux. Le lot n° 3 porte sur les diagnostics avant relocation et avant vente. Il s'agit d'un accord-cadre sans minimum ni maximum, avec trois opérateurs économiques. La procédure mise en œuvre est la procédure concurrentielle avec négociation, prévue par les articles 25, I, 2°, 71 et suivants, 78 et 80 du décret du 25 mars 2016.

4. Aux termes de l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, applicable à la date d'engagement de la procédure : « *Le marché public est passé, dans les conditions et selon les modalités fixées par voie réglementaire : / 1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, selon l'une des procédures formalisées suivantes : / a) La procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, 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 ; / b) La procédure concurrentielle avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ; / c) La procédure négociée avec mise en concurrence préalable, par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ; / d) La procédure de dialogue compétitif dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre (...)* ».

5. Aux termes du paragraphe II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 : « *II. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif dans les cas suivants : / (...) / 2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise (...)* ». Il résulte de ces dispositions que la procédure concurrentielle avec négociation, qui n'est pas la procédure formalisée de droit commun, ne peut être mise en œuvre en dehors des hypothèses qui sont limitativement définies.

6. Le rapport de présentation produit en défense, dont l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon a confirmé les termes, indique que la procédure concurrentielle avec négociation a été mise en œuvre sur le fondement des dispositions précitées du 2° du paragraphe II de l'article 25, c'est-à-dire au motif que le besoin consisterait en une solution innovante. Ainsi qu'il a été dit, le projet de marché en litige a toutefois pour seul objet la réalisation de « diagnostics techniques réglementaires », avant relocation et avant vente, dont le détail est fourni dans le cahier des clauses techniques particulières, qui renvoie lui-même aux réglementations et normes courantes applicables. Il est ainsi constant qu'il s'agit de prestations connues et normalisées. Il est vrai que l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon expose que les offres auraient été tenues d'être « adaptées » et non « standardisées ». Toutefois, la seule circonstance que le marché en cause soit susceptible de porter sur un nombre important de prestations ne caractérise pas, à elle seule, une nouveauté ou une amélioration de la prestation de services au sens des dispositions précitées, alors qu'aucun élément précis ne permet en l'espèce d'identifier des éléments innovants attendus des prestations ou de leurs conditions d'exécution. Les circonstances que la possibilité de présenter des variantes a été admise, sans indication particulière, et que les offres n'auraient pas toutes été identiques, notamment en

termes de prix, ne caractérisent pas davantage un caractère innovant des prestations attendues. La société requérante est, en conséquence, fondée à soutenir que c'est à tort que la procédure de passation retenue est la procédure concurrentielle avec négociation.

7. Il résulte de l'instruction que, alors qu'aux termes du règlement de la consultation trois opérateurs économiques pouvaient être retenus, l'offre de la société requérante a finalement été classée 4^{ème} au terme des négociations, au cours desquelles les offres ont sensiblement évolué. La société est dès lors susceptible d'avoir été lésée par le recours irrégulier à une procédure négociée. Le vice en cause, eu égard à sa nature et à sa portée, implique nécessairement, dès lors qu'il invalide le principe même de la procédure de passation mise en œuvre, l'annulation de l'ensemble de cette procédure, sans qu'il soit possible de limiter l'irrégularité à la seule phase d'examen des offres.

8. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête, que la procédure de passation en litige doit être annulée.

9. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions relatives aux frais liés au litige présentées par la société requérante. Les conclusions ayant le même objet, présentées par l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon, qui est partie perdante dans la présente instance, doivent, pour leur part, être rejetées.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure engagée par l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon, pour la passation d'un marché de réalisation de diagnostics techniques réglementaires avant démolition, relocation, vente et travaux, est annulée, s'agissant du seul lot n° 3, qui porte sur les diagnostics avant relocation et avant vente.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de la SARL AED amiante et environnement est rejeté.

Article 3 : Les conclusions présentées par l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée, en application de l'article 13 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020, à Me Frölich, à la SELAS Fiducial legal by Lamy, à la société ARC - SOCOBAT expertises, à la société Expert habitat & industrie ingénierie et à la société ADIAG.

Copie en sera adressée à la SARL AED amiante et environnement, à l'office public de l'habitat de la métropole de Lyon et à Me Sultan (PPA Avocats).

Fait à Lyon, le 10 avril 2020.

Le juge des référés,

H. Stillmunkes

La République mande et ordonne au préfet du Rhône 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