

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

N° 2202138

SARL SANIT H

M. Haïli
Juge des référés

Audience du 30 mars 2022
Ordonnance du 1^{er} avril 2022

54-03-05

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le président de la 3^{ème} chambre,
juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 11 mars 2022, et un mémoire en réplique enregistré le 30 mars 2022, à 8 heures 49, la Sarl Sanit H, représentée par Me Olivier Danjou, demande au juge des référés du Tribunal, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler les décisions du 3 mars 2022 par lesquelles le président de l'Office public de l'habitat 13 Habitat (13 Habitat) a rejeté ses offres à la procédure d'attribution du marché public de prestations de désinsectisation, désinfection, dératisation et ramonage sur le patrimoine de 13 Habitat pour les lots n° 1 à 4 ;

2°) à titre principal, de rejeter les offres de la société attributaire Ortec environnement pour au moins deux des lots obtenus en fonction de ses choix prioritaires ;

3°) d'enjoindre à 13 Habitat de la déclarer attributaire des 2 lots qui ne figurent pas dans la liste des choix prioritaires indiqués par le candidat Ortec attributaire désigné irrégulièrement pour 4 lots ;

4°) à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation du marché public en litige pour les lots n° 1 à 4 au stade de l'analyse des offres ;

5°) d'enjoindre à 13 Habitat, si elle entend poursuivre son projet de marché, de reprendre la procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, au stade de l'analyse des offres ;

6°) à titre infiniment subsidiaire, d'annuler l'intégralité de la procédure de passation du marché alloti en litige pour les lots n°1 à 4 ;

7°) de condamner 13 Habitat à verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'acheteur public a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence concernant les modalités d'attribution des lots du marché ;
- en vertu de l'article 1 du règlement de la consultation, 13 Habitat a fait le choix d'un allotissement géographique des prestations en 5 lots, autorisé une même candidature pour un ou plusieurs lots, limité à 2 maximum, le nombre de lots susceptibles d'être attribué à un même candidat, explicitement mentionné cette limitation dans le dossier de consultation et indiqué expressément les modalités d'attribution des lots lorsque l'application des critères de jugement des offres conduirait à classer premier un candidat à plus de deux lots ;
- à la lecture des lettres de rejet de ses offres, il apparaît que pour les lots n° 1 à 4 c'est la société Ortec environnement qui a été déclarée attributaire ;
- certes, pour les lots n° 1 et 2 c'est l'établissement secondaire de la société Ortec environnement situé à Marseille qui a été désigné, tandis que pour les lots n° 3 et 4 c'est l'établissement implanté à Aix-en-Provence qui a été déclaré attributaire ;
- néanmoins, le juge ne pourra que concéder qu'il s'agit de la seule et même entité juridique Ortec environnement, déclinée en agences implantées dans différents lieux géographiques ;
- 13 Habitat aurait dû appliquer les modalités d'attribution des lots strictement et désigner la société Ortec attributaire de seulement 2 lots en fonction des choix prioritaires indiqués par cette dernière, et rejeter ses offres pour les 2 autres lots classés comme moins prioritaires, ainsi que l'exigeait le règlement de la consultation ;
- par suite, en déclarant attributaire la société Ortec environnement à plus de 2 lots, 13 Habitat a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, et ce manquement a affecté les chances de la société requérante déclarée attributaire de lots dans la mesure où ses offres étaient classées en deuxième position pour 4 lots ;
- l'acheteur public a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence concernant la pondération du critère prix ;
- le calcul de la note de prix, (Offre moins-disante / offre entreprise x pondération) a pour conséquence de neutraliser les écarts de prix entre les candidats et donc le critère prix pondéré à 40 % de la note totale ;
- or, dans le cadre de la procédure relative aux offres anormalement basses, prévues notamment aux articles R. 2152-3 et suivants du code de la commande publique, elle a pleinement justifié des prix concurrentiels par rapport aux autres candidats ;
- pourtant si elle a bien obtenu 40/40 au critère prix des 4 lots, le candidat attributaire, via ses deux agences, quant à lui, a présenté des offres avec des écarts de prix importants par rapport aux offres de la requérante ;
- pour autant, les notes obtenues par le candidat attributaire aux critères prix, pour les 4 lots, ne sont pas si éloignées de la note maximale obtenue par la société requérante ;
- l'écart de points pour le critère prix aurait dû être plus significatif entre la société requérante et l'attributaire ;
- par conséquent la méthode de notation étant irrégulière, un tel manquement a affecté substantiellement la notation des offres au regard du critère du prix, et ce manquement a été susceptible de léser la société requérante compte tenu du fait que son offre a été classée en deuxième position pour les 4 lots ;
- dans la mesure où ce manquement a été susceptible de modifier l'ensemble du classement des offres, et notamment celui de la société requérante, le juge devra nécessairement prononcer l'annulation de la procédure de passation du marché contesté pour les lots n° 1 à 4 ;

- en réplique aux mémoires en défense :
- le délai écoulé entre la communication des motifs détaillés du rejet de l'offre de la requérante et l'audience du juge des référés, soit une demi-journée ne permet pas à la société de contester efficacement son éviction ;
- ce n'est que lors du dépôt du mémoire en défense le 29 mars 2022 que l'acheteur public a communiqué des éléments quant aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue et cette information complémentaire est partielle ;
- s'agissant des modalités d'attribution des lots du marché, ces deux établissements ne disposent pas de la personnalité juridique, ainsi que le concède 13 Habitat dans son mémoire en défense et sont tous deux liés et rattachés à Ortec environnement établissement principal ;
- ces établissements disposent du même numéro RCS, composé du même numéro SIREN, seuls les derniers chiffres du numéro SIRET diffèrent pour les deux établissements en raison de leur code NIC (Numéro Interne de Classement), lequel ne présente pas une signification précise comme la localisation ou le code caractérisant l'activité de l'établissement ;
- ils se sont répartis géographiquement les lots en fonction de leur implantation tout en s'appuyant pour candidater sur la structure de l'établissement principal ;
- ils ont obtenu exactement les mêmes notes à chaque sous-critère de la valeur technique (sous-critère n° 1 : 10/10, sous-critère n° 2 : 15/25 ; sous-critère n° 3 : 15/25 pour les 4 lots) et, au vu des commentaires du pouvoir adjudicateur, ont présenté sensiblement les mêmes avantages techniques ;
- ils sont défendus par le même conseil et ont soumissionné de manière hégémonique sur le territoire sans se concurrencer elles-mêmes ;
- ainsi ces deux agences sont un seul et même soumissionnaire, Ortec environnement, composé de deux établissements secondaires candidats qui ne disposent pas de l'autonomie commerciale compte tenu des liens étroits entre leurs dirigeants ;
- ces derniers n'étaient pas en concurrence directe sur les mêmes lots, puisqu'ils s'étaient astucieusement et pertinemment répartis les lots, en fonction de leur implantation géographique respective ;
- ce faisant ces deux établissements qui ne concourraient que dans l'intérêt de la seule et même entité, ont permis à cette dernière de s'implanter de manière hégémonique dans tout le département des Bouches-du-Rhône auprès du bailleur social en obtenant plus de deux lots ;
- l'acheteur en désignant pour tous les lots la société Ortec, a privé d'effet utile l'allotissement de son marché en cinq lots géographiques distincts ;
- s'agissant de l'irrégularité des critères d'appréciation de l'offre :
- concernant le sous-critère technique n° 1, il est redondant avec les critères d'analyse des candidatures et il n'a pas été porté à la connaissance des candidats l'élément d'appréciation sur la justification de la répartition des tâches ;
- on soulignera au passage l'erreur d'appréciation manifeste réalisée par 13 Habitat quant à son offre au regard de ce sous-critère ;
- concernant l'appréciation du sous-critère technique n° 2, il était tout aussi imprécis sur un sous-sous critère occulte relatif à la communication en matière d'accords collectifs, lesquels ne concernent pas le prestataire ;
- si le contenu de l'appréciation d'un tel sous-critère avait été plus précis et aurait permis à la société requérante d'anticiper un retrait considérable de point à ce sous-critère n° 2, sa réponse aurait été différente.

Par un mémoire en défense, enregistré le 29 mars 2022 à 14 heures 46, l'établissement public industriel et commercial, l'office public de l'habitat 13 Habitat,

représenté par Me Julien Bosquet, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société requérante en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- s'agissant du moyen tiré de la méconnaissance de l'article 1 du règlement de la consultation :

- Ortec Marseille est un établissement secondaire de la société Ortec environnement, tout comme Ortec Aix en Provence ;

- contrairement à ce qu'affirme la société requérante, ce n'est pas l'établissement principal d'Aix-en-Provence qui s'est porté candidat mais deux bureaux secondaires ;

- le fait que ces bureaux ne disposent pas de la personnalité juridique ne fait pas obstacle à ce qu'ils soient regardés comme deux candidats distincts dès lors qu'ils ont proposé des offres économiques autonomes ;

- la société requérante n'apporte, à ce titre, aucun élément permettant de considérer que ces deux candidats n'étaient en réalité qu'un seul candidat présentant les mêmes offres avec les mêmes moyens et les mêmes tarifs ;

- 13 Habitat souhaite néanmoins apporter quelques informations sur les offres des attributaires, dans la limite toutefois des dispositions de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique ;

- lors de l'examen des propositions des candidats, le pouvoir adjudicateur a pu examiner les offres des deux établissements et il a considéré qu'elles constituaient des offres distinctes et autonomes ;

- les deux bureaux secondaires sont en effet gérés par deux personnes distinctes, M. Aubert pour l'agence de Marseille et M. Le Saout pour l'agence d'Aix-en-Provence et chacune dispose de son équipe propre ;

- les candidats ont par ailleurs proposé des prix différents pour chacun des lots, comme le montrent les courriers de rejet de l'offre, les deux entreprises attributaires ont ainsi déposé des candidatures et des offres autonomes pour chacun des lots, avec des moyens humains et techniques distincts et identifiés pour chacune de leurs offres ;

- les offres ont été déposées en cohérence avec la répartition géographique des lots et des établissements de la société ;

- il est en outre précisé que ni Ortec Aix-en-Provence ni Ortec Marseille n'ont candidaté aux mêmes lots, la première a candidaté aux lots 3 et 4, tandis que la seconde a candidaté aux lots 1,2 et 5 ;

- Ortec Marseille est d'ailleurs arrivée en première position sur les trois lots auxquels elle a candidaté, de sorte que 13 Habitat lui a donc indiqué qu'en application du règlement de la consultation, elle ne pouvait être attributaire du lot 5 puisqu'elle ne pouvait être attributaire que de deux lots, selon l'ordre de priorité que la candidate avait choisi ;

- sur le moyen tiré de l'irrégularité de la méthode de notation du critère prix :

- le moyen n'est pas susceptible de la léser car elle a obtenu la note maximale sur le critère du prix, soit 40/40 ;

- la formule mathématique utilisée est la plus classique et la plus neutre possible, elle reflète fidèlement les écarts de prix entre les offres économiques et il est démontré que la méthode de notation n'a nullement eu pour effet de fausser le jeu normal des critères de sélection ;

- sur la communication des motifs détaillés du rejet de l'offre, 13 Habitat produit les éléments d'appréciation portés sur l'offre de la société attributaire et de la société évincée au titre du critère tiré de la valeur technique décomposé en trois sous-critères, étant rappelé que les courriers du rejet de l'offre mentionnent déjà, pour chaque lot, le nom de l'attributaire

des lots, le montant de son offre financière et les notes obtenues sur le critère de la valeur technique et ses sous-critères.

Par un mémoire en défense enregistré le 29 mars 2022 à 16 heures 55, les établissements Ortec environnement Aix-en-Provence et Ortec environnement Marseille représentés par Me Michel Moatti, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- les agences qui sont des opérateurs économiques différents et deux établissements secondaires n'ont pas soumissionné pour les mêmes lots ;
- les agences sont autonomes en ce qu'elles présentent une localisation différente, un matériel propre, un personnel non partagé, des zones d'interventions géographiques délimitées, un bureau d'étude propre, une direction d'agence différente, des délégations de pouvoir distinctes, des références différentes et un service commercial dédié ;
- il a été proposé des offres commercialement distinctes et autonomes, au vu de leur formulation en prix unitaire et par la mise en œuvre de moyens distincts ;
- enfin, la méthode de notation du critère prix est habituelle et ne présente aucune irrégularité.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

La présidente du Tribunal a désigné M. Haïli, pour statuer sur les demandes de référés.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 30 mars 2022 à 10 heures, en présence de Mme Charlois, greffière d'audience, M. Haïli a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Danjou, pour la société requérante qui a renouvelé, en les développant ou les précisant, les conclusions et les moyens de la requête ;
- les observations de Me Bosquet pour 13 Habitat qui a renouvelé, en les développant ou les précisant, les conclusions et les moyens de défense du mémoire ;
- et les observations de Me Moatti pour les établissements Ortec, qui a renouvelé, en les développant ou les précisant, les conclusions et les moyens de défense du mémoire.

A l'issue des débats de l'audience publique à 11 heures 26, compte tenu de la communication tardive des mémoires en défense et du mémoire en réplique, la clôture de l'instruction a été différée au 31 mars 2022 à 12 heures afin de permettre aux parties de produire des écritures et pièces complémentaires, avec la faculté pour elles de les communiquer directement entre elles sous réserve, d'apporter au juge la preuve de ses diligences.

Par un second mémoire en défense enregistré le 31 mars 2022 à 9 heures 16, 13 Habitat représenté par Me Bosquet conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens et soutient en outre que :

- l'acheteur a été saisi d'une demande de communication des avantages et caractéristiques de l'offre retenue par courrier du 11 mars 2022 réceptionné par ses services le 14 mars 2022 et lui a communiqué ces informations le 29 mars 2022, soit dans le délai de 15 jours ;
- les informations communiquées lui ont notamment permis de soulever de nouveaux moyens tirés de la dénaturation de l'offre et de l'irrégularité des sous-critères de la valeur technique dans un mémoire enregistré le 30 mars 2022 ;
- la partie requérante ne peut valablement soutenir qu'elle n'a pas été en mesure de contester son éviction ;
- il est par ailleurs souligné que la société candidate évincée a eu connaissance dès le courrier de rejet de son offre du nom de l'attributaire, des notes obtenues sur les critères et les sous-critères de sélection des offres, et du montant des offres retenues ;
- le sous-critère relatif aux moyens humains dédiés est parfaitement régulier et il est d'ailleurs cité comme un exemple possible de critère à l'article R. 2152-7 du code de la commande publique et ne se confond pas avec les éléments de la candidature ;
- aucune dénaturation ne ressort par ailleurs de l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur la proposition de la société sur ce sous-critère ;
- sur le sous-critère 2, les attentes de l'acheteur étaient parfaitement connues et il était donc attendu des candidats qu'ils détaillent les moyens de communication et le mode opératoire pour les prestations d'accords collectifs, lesquelles étaient décrites dans le CCTP afférent du marché.

Un mémoire en duplicata a été enregistré le 31 mars 2022 à 12 heures 04 mais transmis par le conseil de la société requérante directement aux parties défenderesses à 11 heures 59, par lequel la société Sanit H, représenté par Me Danjou, conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens et soutient en outre que :

- la partie défenderesse fait courir le délai réglementaire de 15 jours à compter du 14 mars, date de réception du recommandé mais cette pièce n° 11 datée du 11 mars et reçue par recommandé le 14 suivant, n'est pas le courrier de demande de communication des motifs de rejet détaillés, en application des dispositions des articles R. 21821-3 et R. 21821-4 du code de la commande publique (pièce n° 7) mais le courrier d'information du dépôt de la requête en référé précontractuel devant le tribunal administratif fondé sur l'article L. 551-4 du code de justice administrative ;
- le courrier sollicitant la communication détaillée des motifs de rejet de l'offre, et notamment les caractéristiques et avantages des offres retenues pour les lots n° 1 à 4 a été envoyé d'abord par mail le 10 mars aux agents du service de la commande publique de 13 Habitat et ensuite par LRAR reçue le 11 mars suivant ;
- ainsi 13 Habitat avait au plus tard, jusqu'au 26 mars pour communiquer ces éléments ;
- le courrier sollicitant la communication détaillée des motifs de rejet de l'offre, et notamment les caractéristiques et avantages des offres retenues pour les lots n° 1 à 4 a été envoyé d'abord par mail le 10 mars aux agents du service de la commande publique de 13 Habitat et ensuite par LRAR reçue le 11 mars suivant ;
- cette attitude de mise en échec volontaire doit être nécessairement sanctionnée par l'annulation de la procédure de passation du marché ;
- en effet, ce n'est pas parce que la société a déposé un mémoire en réplique contenant deux moyens nouveaux que la preuve serait faite d'une information complète et

suffisante pour contester utilement son recours ;

- 13 Habitat s'est contenté de produire le minimum d'éléments d'informations complémentaires, notamment concernant l'analyse des sous-critères de la valeur technique, en réponse à cette demande de motifs détaillés de rejet et qu'il n'y a aucun moyen de savoir si ces appréciations sont bien celles qui ont été mentionnées dans le rapport d'analyse des offres qui n'a même pas été communiqué ;

- sur les modalités d'attribution des lots du marché, en laissant le soin aux établissements attributaires de rapporter cette preuve devant la juridiction est un indice de plus de l'absence d'autonomie commerciale entre les deux établissements, ou du moins du fait que 13 Habitat n'a pas été en mesure de le vérifier lui-même lors de la désignation des attributaires des lots ;

- chaque lot est différent dans la mesure où il ne comptabilise pas le même nombre de logements à traite, de sorte que les prix ne peuvent être les mêmes pour chaque lot ;

- le fait que les établissements secondaires n'ont pas déposé les mêmes offres avec les mêmes prix pour démontrer leur autonomie commerciale, est totalement inopérant ;

- en tout état de cause, il sera constaté que les 2 établissements secondaires ont obtenu exactement les mêmes notes à chaque sous-critère de la valeur technique et, au vu des commentaires du pouvoir adjudicateur, ont présenté sensiblement les mêmes avantages techniques ;

- s'agissant des critères d'appréciation de l'offre, le marché contient deux familles de prestations : - « Forfaitaires », c'est-à-dire annualisées - « Ponctuelles » ou encore « occasionnelles », c'est-à-dire sur bons de commandes ;

- par conséquent, alors que 13 Habitat lui-même ne distingue pas les accords collectifs des prestations occasionnelles (sur bons de commandes), c'est à tort qu'il indique pour justifier que la société Sanit H ait obtenu la note de 5/25 que « certaines étapes traitaient de prestations forfaitaires et ponctuelles et non des accords collectifs. ».

Un troisième mémoire en défense a été présenté pour 13 Habitat par Me Bosquet a été enregistré le 31 mars 2021 à 12 heures 56, postérieurement à la clôture de l'instruction et non communiqué.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à concurrence, l'Office public de l'habitat 13 Habitat (13 Habitat) a lancé un appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un accord cadre à bons de commandes à prix mixtes en cinq lots géographiques, de prestations de désinsectisation, désinfection, dératification et ramonage sur le patrimoine de 13 Habitat. La Sarl Sanit H a soumissionné pour l'attribution des cinq lots géographiques. Par des décisions du 3 mars 2022, le président de 13 Habitat a informé la société soumissionnaire du rejet de ses offres pour les lots n° 1 à n° 4, compte tenu de la note totale obtenue et de son classement en 2^{ème} position au regard des autres propositions reçues. Par la présente requête, la société Sanit H demande notamment au juge des référés précontractuels l'annulation de ces décisions, de rejeter les offres de la société attributaire Ortec environnement pour au moins deux des lots obtenus en fonction de ses choix prioritaires et d'enjoindre à 13 Habitat de la déclarer attributaire des 2 lots qui ne figurent pas dans la liste des choix prioritaires indiqués par le candidat Ortec attributaire désigné irrégulièrement pour 4 lots, et à titre subsidiaire, d'annuler la procédure de passation du marché public alloti en litige pour les lots n° 1 à 4 au stade de l'analyse des offres ou dans son intégralité.

Sur les conclusions au titre des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes de l'article L. 551-2 de ce même code : « *I. 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 (...)* ».

3. 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.

En ce qui concerne la méconnaissance de l'article R. 2181-4 du code de la commande publique :

4. 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. 2181-3 du même code : « *La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre. Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre : 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ; 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R. 2182-1* ». Aux termes de l'article R. 2181-4 du même code : « *la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : 1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ; 2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.* ». En application de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer au candidat à un marché public, dont l'offre a été rejetée, les motifs de ce rejet. Cette communication a notamment pour objet de permettre à l'intéressé de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel. L'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Cependant,

un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles R. 2181-3 et R. 2181-4 dudit code 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.

5. Il résulte de l'instruction que par courriers du 3 mars 2022 concernant les 4 lots en litige, 13 Habitat a informé la société requérante du rejet de son offre en indiquant son classement en deuxième position, le nom des attributaires, le montant de leurs offres, les notes des critères et sous-critères fixés par le règlement de consultation, obtenues par les attributaires ainsi que par la requérante pour chacune de leur offre. Par courrier du 10 mars 2022, transmis par mail le même jour et par lettre recommandée réceptionnée le 11 mars 2022 par 13 Habitat, la société requérante a demandé à l'acheteur public de lui communiquer les motifs détaillés du rejet de ses offres, les caractéristiques et avantages des offres retenues, ainsi que le rapport d'analyse des offres, les éléments de notation et de classement s'agissant du critère prix et du critère valeur technique ainsi que la méthode de notation utilisée. Si la société requérante fait grief à l'acheteur public de n'avoir pas répondu à cette demande dans le délai de quinze jours prévu par les dispositions de l'article R. 2181-4 du code de la commande publique, en tout état de cause, dans son mémoire en défense enregistré le 29 mars 2021 et communiqué à la société requérante, 13 Habitat a exposé de façon détaillée les appréciations littérales portées sur les offres et suffisamment expliqué, pour chaque critère et sous-critère, en quoi le contenu de l'offre des sociétés attributaires lui a permis d'obtenir les notes. En revanche, 13 Habitat n'était pas tenu de lui communiquer le rapport d'analyse des offres et la méthode de notation, et, au regard des moyens soulevés et des débats à l'audience, il n'y avait pas lieu pour le juge des référés, dans le cadre de son pouvoir d'instruction et selon une procédure, adaptée à l'urgence, inspirée de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative, de demander à l'acheteur public, notamment, la communication du rapport d'analyse des offres. Dans ces conditions, la société requérante a été mise à même de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel, ce qu'elle au demeurant fait par l'exposé de moyens dans ses différents mémoires, et 13 Habitat doit être regardé comme ayant satisfait aux obligations de publicité et de mise en concurrence lui incombant en vertu de l'article L. 2181-1 du code de la commande publique, et en particulier aux exigences des dispositions précitées de l'article R. 2181-4 du même code.

En ce qui concerne la méconnaissance des modalités d'attribution des lots prévues au règlement de la consultation :

6. Aux termes des articles L. 1220-1 à 1220-3 du code de la commande publique : « Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services. / Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public. / Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public ». Aux termes de l'article L. 2113-10 du code de la commande publique: « Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. / L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots. / Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique ». Aux

termes du règlement de la consultation du marché alloti en litige : « *Allotissement : la consultation est décomposée en 5 lots : Lot n° 1 : Agence Technopôle : Montant maximum 1 900 000,00 € HT - Valeur estimée par période : 90 000 et 150 000 € HT ; Lot n° 2 : Agences Pays d'Aubagne et Mer et Colline : Montant maximum 1 620 000,00 € HT - Valeur estimée par période : 75 000 et 130 000 € HT ; Lot n° 3 : Agences Pays d'Arles et Salon Ouest Provence : Montant maximum 2 060 000,00 € HT - Valeur estimée par période : 100 000 et 160 000 € HT ; Lot n° 4 : Agences Belvédère et Pays de Martigues : Montant maximum 2 140 000,00 € HT - Valeur estimée par période : 100 000 et 170 000 € H ; Lot n° 5 : Agences Arbois et Cœur de Ville : Montant maximum 1 980 000,00 € HT - Valeur estimée par période : 90 000 et 155 000 € HT.*

Les candidatures peuvent concerner un ou plusieurs lots. Les candidats doivent présenter une offre distincte pour chaque lot auquel ils répondent. Un même fournisseur ne peut se voir attribuer qu'un maximum de 2 lots. Cette disposition est prise en raison notamment de la disponibilité recherchée des différents candidats pour réduire les durées de réalisation. Lorsqu'un même candidat est pressenti pour être attributaire de plus de lots que cela n'est possible, le pouvoir adjudicateur attribuera les lots en fonction des choix prioritaires indiqués par le candidat. ».

7. Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions. L'acheteur public ne peut en conséquence attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement.

8. A l'appui de sa requête en référé, la société requérante soutient qu'en désignant attributaire, à travers ses établissements Ortec environnement Marseille pour les lots n° 1 et 2 et Ortec environnement Aix-en-Provence, pour les lots n° 3 et 4, une seule et même entité juridique la société Ortec environnement, déclinée en agences implantées dans différents lieux géographiques, sans autonomie juridique et commerciale et avec un même effectif, 13 Habitat a méconnu l'article 1^{er} de son propre règlement de la consultation relatif aux modalités d'attribution des lots. Toutefois, d'une part, il est constant que les établissements Ortec de Marseille et d'Aix-en-Provence ont respectivement soumissionné à des lots géographiques différents, « agence technopole, agence pays d'Aubagne, et agence d'Arbois et cœur de ville » pour le premier, et « agence pays d'Arles et Salon ouest Provence, agence Belvédère et pays de Martigues » pour le second. D'autre part, la qualification d'opérateur économique au sens de l'article L. 1220-1 précité du code de la commande publique est indifférente à la forme juridique empruntée par l'entité qui se livre à l'exercice d'une activité économique. Par suite, le moyen tiré de ce que ces deux établissements secondaires soient juridiquement dépendants de la société Ortec environnement et dépourvus de la personnalité juridique est inopérant. Par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction, eu égard à l'absence d'identité de dirigeant entre les deux agences, de l'existence de délégations de pouvoir respectives, de moyens matériels et humains distincts mis en œuvre et d'absence de similarité dans la structure des prix applicables aux unités de prestations du bordereau, autant éléments de nature à caractériser une stratégie commerciale propre, que ces établissements ne présenteraient pas d'autonomie commerciale. En outre, la circonstance que l'entreprise Ortec environnement ait domicilié son siège social dans l'établissement d'Aix-en-Provence et centralisé sa direction ne peut suffire à établir une absence d'autonomie commerciale, et par suite, à regarder ces deux établissements comme un seul et même soumissionnaire, alors que la société requérante n'établit ni même n'allègue que les offres des soumissionnaires seraient identiques dans leurs spécifications techniques. Dans ces conditions, la société Sanit H n'est pas fondée à soutenir que 13 Habitat a méconnu le règlement de la consultation de la procédure d'appel d'offres en attribuant les

lots 1 à 4 aux établissements secondaires Ortec environnement Marseille et Aix- en-Provence et, ce faisant, aurait privé de toute portée son choix d'allotissement géographique.

9. Si la société requérante soutient que ces deux établissements auraient concouru par une répartition géographique dans l'intérêt de la seule et même entité Ortec environnement pour fausser la concurrence, il résulte des dispositions de l'article L. 551-1 précité du code de justice administrative que la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce prohibant les ententes n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge du référé précontractuel.

En ce qui concerne l'irrégularité de la méthode de notation du critère prix :

10. Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

11. Il résulte de l'instruction que pour la notation sur le critère du prix, le document de la consultation prévoyait l'attribution de la note maximale à l'offre la moins-disante et l'attribution de notes aux autres offres en fonction de l'écart constaté par rapport au meilleur prix proposé selon une formule mathématique « Note prix : (offre moins-disante / offre entreprise) X pondération ». En se bornant à soutenir que les notes obtenues par le candidat attributaire ne sont pas si éloignées de la note maximale, la société requérante qui a obtenu la note maximale de 40 sur 40 pour le critère prix ne démontre pas que cette méthode de notation, qui a permis de maintenir les écarts relatifs entre les propositions financières, conduirait à neutraliser la pondération des critères de choix. Par suite, ce moyen doit être écarté comme manquant en fait.

En ce qui concerne l'irrégularité des sous-critères d'appréciation de la valeur technique :

12. Aux termes de l'article L. 2124-2 du code de la commande publique : « *L'appel d'offres, ouvert ou restreint, est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.* ». Aux termes de l'article L. 2152-7 dudit code : « *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. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire. (...)* ». Aux termes de l'article L. 2152-8 du même code : « *Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.* ».

13. En premier lieu, si le pouvoir adjudicateur ne peut en principe se fonder sur des critères portant sur les capacités générales de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures, il lui est en revanche loisible de retenir au stade de l'examen de la valeur intrinsèque des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, des critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet du marché, afin d'en garantir la qualité technique.

14. Il résulte de l'instruction que 13 Habitat n'a pas entendu, avec le sous-critère n° 1 « moyens mis à disposition pour la réalisation du marché », exposé dans le mémoire technique joint au dossier de consultation, porter une appréciation sur les capacités générales des candidats, mais seulement sur les moyens dont ils disposent, ainsi que sur l'organisation retenue pour exécuter le marché, afin de lui permettre d'évaluer leurs offres au regard du critère de la valeur technique. Par suite, le moyen tiré de ce que ce sous-critère n'était pas au nombre de ceux susceptibles d'être retenus pour sélectionner les offres ne peut qu'être écarté.

15. En deuxième lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, 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 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.

16. En l'espèce, il ne relève pas de l'office du juge du référé précontractuel de contrôler la note attribuée aux différentes offres. La société requérante ne peut dès lors utilement soutenir que sa note de 6/10 au sous-critère technique n° 1 « moyens mis à disposition pour la réalisation du marché » serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation. Par ailleurs, la circonstance que la société ait obtenu la note de 6/10 au titre du sous-critère technique précité ne révèle par elle-même aucune dénaturation de leur offre. Par ailleurs, 13 Habitat a explicité dans son mémoire en défense les éléments d'appréciation de ce sous-critère technique précité. Contrairement à ce qui est allégué, ces éléments d'appréciation ne constituent pas eux-mêmes des sous-critères de second rang qui auraient dû être indiqués aux candidats dans le règlement de la consultation.

17. En troisième et dernier lieu, et alors que la société requérante a été correctement informée de la pondération du sous-critère technique n° 2 « méthodes de communication utilisées par l'entreprise », qui représente le quart du critère « valeur technique », et que des éléments d'appréciation pour les prestations « accords collectifs », prévues au point 9 du cahier des clauses techniques particulières, tenant à « la garantie et l'optimisation du taux de pénétration par cité », ont été précisés dans le cadre du mémoire technique imposé aux candidats, le moyen tiré de l'imprécision de ce sous-critère, en méconnaissance de l'article L. 2152-8 du code de la commande publique précité, ne peut qu'être écarté. Il ne résulte pas davantage que ce sous-critère, qui est spécialement contesté par la société requérante, aurait été irrégulièrement décomposé en sous-critères de second rang non publiés, ni que la méthode de notation ainsi exposée aurait conduit à dénaturer le sous-critère en cause. Enfin, la société requérante ne peut utilement soutenir que sa note de 5/25 au sous-critère technique n° 1 « moyens mis à disposition pour la réalisation du marché » serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

18. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la requête de la société requérante en ses conclusions en annulation et en injonction doit être rejetée.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

19. D'une part, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de 13 Habitat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme sollicitée par la société Sanit H au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

20. D'autre part, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la SARL Sanit H, partie perdante dans la présente instance, la somme de 2 000 euros au profit de 13 Habitat au titre des mêmes frais. En revanche, et alors qu'au demeurant les établissements Ortec environnement Marseille et Aix-en-Provence ne sont pas dotés de la personnalité juridique, il n'y a pas lieu de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société requérante la somme par eux réclamée, sur le fondement de ces dispositions.

O R D O N N E

Article 1^{er} : La requête de la SARL Sanit H est rejetée.

Article 2 : La SARL Sanit H versera la somme de 2 000 euros à l'office public de l'habitat 13 Habitat en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par l'établissement Ortec environnement Aix-en-Provence et l'établissement Ortec environnement Marseille au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la Sarl Sanit H, à l'office public de l'habitat 13 Habitat, à l'établissement Ortec environnement Aix-en-Provence et à l'établissement Ortec environnement Marseille.

Fait à Marseille, le 1^{er} avril 2022.

Le président de la 3^{ème} chambre,
juge des référés

signé

X. HAÏLI

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne et 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,

Pour la greffière en chef,

La greffière,