

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF  
DE MARSEILLE**

**N° 1304015**

---

**SARL PROXIMUM**

---

**M. Pecchioli**  
Juge des référés

---

**Ordonnance du 9 juillet 2013**

---

**54-03-05**

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Le Tribunal administratif de Marseille,

Le magistrat désigné,  
juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 19 juin 2013, sous le n° 1304015, présentée par la SARL Proximum, dont le siège est situé 21 rue du Forez à Saint Cyprien (42160) ; la société Proximum demande au juge des référés du Tribunal, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1°) d'annuler la décision en date du 14 juin 2013 d'attribution du marché de la communauté urbaine de Marseille Provence métropole ;

2°) d'ordonner à la communauté urbaine de Marseille Provence métropole de se conformer à ses obligations relatives au comparatif des offres financières et de suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du marché, jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle ;

Elle soutient que :

- en ce qui concerne les notes attribuées pour le critère prix, la communauté urbaine de Marseille Provence métropole paraît avoir comparé les offres financières des candidats sur la base, pour ceux assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), du montant hors taxe avec les offres de prix net des candidats non assujettis à la TVA ;

- en effet le candidat retenu a obtenu une note pondérée de 1,58 pour un montant global de 32 160,44 euros totues taxes comprises (TTC) alors qu'elle même a obtenu une note pondérée de 1,38 pour son offre de prix de 30 800 TTC ;

- les offres doivent être comparées TTC ;

- si l'analyse TTC semble favoriser les opérateurs non soumis à la TVA, elle ne constitue pas une violation du principe d'égalité de traitement dans la mesure où cette circonstance tient au statut fiscal de l'opérateur économique et est donc indépendante de son offre ;

- l'analyse doit toujours être faite au regard de la somme qui doit être réellement mise à la charge du pouvoir adjudicateur, celle-ci s'entendant nécessairement TTC ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 2 juillet 2013, présenté pour la communauté urbaine de Marseille Provence métropole, par son président en exercice, par Me Mendes Constante, qui conclut à titre principal, au rejet de la requête et à la condamnation de la société Proximum à lui payer une somme de 2 000 euros au titre des frais irrépétibles et à titre subsidiaire, d'enjoindre à la communauté urbaine de Marseille Provence métropole de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres ;

Elle fait valoir que :

- la société requérante ne justifie d'aucun intérêt lésé directement ou indirectement lié à l'irrégularité invoquée ;
- la jurisprudence Smirgeomes trouve application ;
- même si elle avait noté le critère sur la base des prix TTC, la société requérante n'aurait pas été classée en première position, dès lors que l'attributaire aurait obtenu une note pondérée toujours supérieure ;

Vu le mémoire, enregistré le 2 juillet 2013, présenté pour la société requérante qui persiste dans ses conclusions par les mêmes moyens et fait valoir, en outre, que :

- elle est susceptible d'être lésée par le manquement constitué d'une note erronée et ainsi d'un classement lui-même susceptible d'être erroné ;
- elle ne dispose pas des éléments d'analyse ayant conduit la communauté urbaine de Marseille Provence métropole à classer premier le candidat retenu ;
- le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu ;

Vu la décision du 16 octobre 2012 du président du Tribunal désignant M. Pecchioli, magistrat, comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir régulièrement convoqué à l'audience du 4 juillet 2013 à 14 heures : la société Proximum, Me Mendes Constante pour la communauté urbaine de Marseille Provence métropole et Mme Labbouz pour la société Axes Management ;

Après avoir entendu le rapport de M. Pecchioli, juge des référés ainsi que les observations de Me Woimant, substituant Me Mendes Constante, pour la communauté urbaine de Marseille Provence métropole qui a repris ses écritures ;

Après avoir prononcé la clôture de l'instruction à l'issue de l'audience à 14 heures 20 ;

1. Considérant que, la communauté urbaine Marseille Provence Métropole a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché ayant pour objet la « formation à la commande publique » ; que ladite communauté a, par courrier notifié le 14 juin 2013, informé la société requérante du rejet de son offre et attribution du marché ; que cette dernière demande au juge des référés d'annuler la décision en date du 14 juin 2013 portant rejet de son offre et attribution du marché de la communauté urbaine de Marseille Provence métropole à la société Axes Management ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans sa rédaction applicable en l'espèce : « *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. 551-2 du même code : « *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.* » ; que l'article L. 551-10 de ce code dispose que : « *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.* » ;

3. Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-10 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 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 ;

4. Considérant que même en cas de coexistence d'offres émanant, à la fois, d'opérateurs économiques soumis à la TVA et d'autres qui en sont partiellement ou totalement exonérés l'analyse des offres de prix doit être faite au regard de la somme « toutes taxes comprises » pour tous les candidats ;

5. Considérant, qu'en l'espèce, la société requérante soutient à juste titre que l'administration s'est fondée pour calculer la note pondérée de l'offre de prix de chaque candidat, en méconnaissance du principe d'égalité de traitement desdits candidats, tantôt sur des offres de prix TTC, tantôt sur des offres de prix hors taxe, ce qui explique les écarts de notes significatifs entre la société attributaire et la société requérante contenus dans la décision attaquée ; qu'il résulte, en effet, des pièces du dossier que le mode de calcul retenu dans la décision litigieuse n'a permis de retenir qu'une note pondérée sur l'offre de prix de 1,38 pour la société requérante contre 1,58 pour la société attributaire ; qu'en revanche en appliquant le même mode de calcul sur une base TTC aux deux candidats, la société Proximum obtient une note

pondérée sur son offre de prix de 1,64 contre 1,57 pour la société attributaire ; que par ailleurs rien n'explique, en ce qui concerne la société attributaire, la différence de note retenue dans la décision attaquée de 1,58 et celle retenue dans le mémoire en défense de 1,57, si ce n'est une erreur de calcul ; qu'ainsi même si au final la communauté urbaine de Marseille Provence métropole fait valoir que la note pondérée totale de la société attributaire reste supérieure avec 3,67 contre 3,59 pour la société requérante, il convient de relever que la note finale de la société attributaire est nettement moins bonne que précédemment, que les résultats sont entachés d'erreur de calcul inexplicable et que la société Proximum a finalement obtenu une note pondérée sur les offres de prix supérieure à celle de la société attributaire ;

6. Considérant ainsi qu'il résulte de tout ce qui précède, que les irrégularités constatées, notamment l'erreur de calcul et la violation du principe d'égalité de traitement des candidats dont la rectification a permis d'inverser le classement final sur la notation des offres de prix entre les deux sociétés et de faire apparaître un faible écart séparant la note globale de la société requérante de celle de l'attributaire du marché qui a obtenu la note maximale grâce au critère de la valeur technique pour laquelle la communauté défenderesse n'a, en outre, produit aucun élément d'analyse, ont pu à elles seules exercer une influence sur le choix opéré par le pouvoir adjudicateur, fausser la concurrence entre les candidats et ainsi léser la société requérante au point de justifier l'annulation de la décision contestée ; que, dès lors, il y a lieu d'annuler la décision litigieuse en date du 14 juin 2013 d'attribution du marché de la communauté urbaine de Marseille Provence métropole à la société Axes Management assortie du rejet de l'offre de la société requérante et d'enjoindre à ladite communauté de reprendre la passation du marché au stade de l'analyse des offres ;

#### Sur les dépens :

7. Considérant que le juge, dès lors qu'il a l'obligation d'épuiser son pouvoir juridictionnel sauf dans le cas où un incident de procédure y ferait obstacle, doit de se prononcer d'office sur la charge des dépens ; qu'aux termes de l'article R. 761-1 du code de justice administrative : *« Les dépens comprennent la contribution pour l'aide juridique prévue à l'article 1635 bis Q du code général des impôts, ainsi que les frais d'expertise, d'enquête et de toute autre mesure d'instruction dont les frais ne sont pas à la charge de l'Etat. Sous réserve de dispositions particulières, ils sont mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties. L'Etat peut être condamné aux dépens. »* ;

8. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre la contribution pour l'aide juridique d'un montant de 35 euros, constitutif des dépens, à la charge de la communauté urbaine de Marseille Provence métropole qui succombe à la présente instance.

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

9. Considérant qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions de la communauté urbaine de Marseille Provence métropole, partie perdante, tendant à la condamnation de la société requérante au paiement des frais exposés par elles et non compris dans les dépens ;

## ORDONNE :

Article 1<sup>er</sup> : La décision en date du 14 juin 2013, portant attribution du marché de la communauté urbaine de Marseille Provence métropole à la société Axes management et rejet de la candidature de la société Proximum, est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la communauté urbaine de Marseille Provence métropole de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres.

Article 3 : les dépens sont mis à la charge de la communauté urbaine de Marseille Provence métropole.

Article 4 : Les conclusions de la communauté urbaine de Marseille Provence métropole tendant à la condamnation de la société requérante au paiement des frais exposés et non compris dans les dépens sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Proximum, à la communauté urbaine de Marseille Provence métropole et à la société Axes Management.

Fait à Marseille, le 9 juillet 2013

Le magistrat désigné,  
Juge des référés,

Le greffier,

signé

signé

J.-L. PECCHIOLI

S. KACHMONE

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne et à tous huissiers à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,

Pour le greffier en chef,

1

2

3

4

5