

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE LA MARTINIQUE**

N° 2100784

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIÉTÉ BEDESCHI

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Marc Wallerich
Rapporteur

Le juge des référés

Audience du 14 janvier 2022
Ordonnance du 24 janvier 2022

39-08-015-01
54-03-05
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires complémentaires, enregistrés le 30 décembre 2021 et le 11 janvier 2022, la société Bedeschi, représentée par Me Cloix, demande, dans le dernier état de ses écritures, au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-5 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public d'acquisition de portiques « over panamax low profile » pour le terminal de la Pointe des Grives du port de Fort-de-France engagée par le Grand Port Maritime de la Martinique ;

2°) d'enjoindre au Grand Port Maritime de la Martinique (GPMLM) de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres sur une base garantissant l'égalité de traitement des candidats et de publier une nouvelle grille de critères et de sous-critères plus précis et pondérés ou hiérarchisés ;

3°) d'enjoindre au GPMLM de communiquer le rapport de présentation du marché, les procès-verbaux d'ouverture des plis, les rapports d'analyse de la candidature et de l'offre de l'attributaire, les échanges avec l'attributaire lors des négociations, le dossier de candidature de l'attributaire, les caractéristiques de l'offre de l'attributaire, l'offre de prix globale, l'état des certificats de conformité sociale et fiscale ;

4°) de mettre à la charge du Grand Port Maritime de la Martinique la somme de 12 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'imprécision des critères et des sous-critères a entraîné une appréciation subjective des offres ;
- les sous-critères du critère « Qualité technique » auraient dû être pondérés ou hiérarchisés dès lors qu'ils ont exercé une influence sur la présentation des offres et sur leur sélection ;
- l'offre du groupement attributaire n'est pas conforme aux prescriptions techniques en matière d'utilisation de technologies de marque Schneider Electric, de la durabilité de la peinture, de la largeur maximale entre les butoirs, de la descente de charges et du respect des conventions internationales en matière de droit du travail ;
- le principe d'égalité de traitement a été méconnu compte tenu des dérogations obtenues par la société attributaire notamment concernant l'origine de l'acier des structures et qu'il n'existe pas d'équivalence à l'acier de qualité S355 J2G3 ;
- le Grand Port Maritime de la Martinique a dénaturé son offre et les motifs de rejet sont erronés ;
- elle est lésée par les manquements qu'elle invoque puisqu'elle a été classée en 2ème position, avec une note globale de 82,37/100 alors que l'attributaire a obtenu la note de 94/100, et sa candidature a été admise ;
- la candidature du groupement Dinson / AES aurait dû être rejetée en raison de capacités techniques insuffisantes en ce qui concerne la fourniture des composants électriques des grues ;
- l'entité adjudicatrice est placée dans une situation ne permettant pas de respecter le principe d'impartialité en raison de la participation à l'analyse des offres de la société Port Crane, assistant à la maîtrise d'ouvrage et concurrent de la société Bedeschi.

Par un mémoire en défense, enregistré le 14 janvier 2022, le Grand Port Maritime de la Martinique conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 7 000 euros soit mise à la charge de la société Bedeschi.

Il soutient que :

- les moyens tirés d'un manquement au stade de la candidature sont irrecevables en raison du défaut de lésion de la société Bedeschi ;
- le groupement attributaire Dinson / AES dispose des capacités financières et techniques suffisantes ;
- le moyen tiré de l'imprécision des sous-critères manque en fait dès lors que les sous-critères ont été pondérés ;
- le principe d'égalité n'a pas été méconnu dès lors que, d'une part, le règlement de la consultation permet le recours à des aciers non européens lorsqu'un protocole de vérification de la qualité de l'acier est proposé ; d'autre part, l'exigence de durabilité de la peinture a été respectée ;
- l'offre attributaire prévoit des composants électriques des grues achetés dans la communauté européenne conformément aux documents de la consultation ;
- le moyen tiré de l'imprécision de l'offre du groupement Dinson / AES concernant l'organisation du chantier sur le site de livraison du portique manque en fait ;
- le moyen tiré de la violation du principe d'impartialité manque en fait dès lors que la société Port Crane intervient en qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage et n'est pas un concurrent de la société Bedeschi ;
- le moyen tiré de ce que les motifs de rejet de l'offre de la société Bedeschi sont erronés manque en fait dès lors que l'offre présente des erreurs sur des éléments techniques, que l'organisation du chantier à Fort-de-France n'est pas décrite, que l'adaptation au contexte et contraintes est précisée de manière générique tandis que l'offre attributaire apporte des réponses satisfaisantes.

Par un mémoire en défense enregistré, le 14 janvier 2022, la société Automatismes Etudes Services (AES), représentée par Me Coussy, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société AES en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le juge du référé précontractuel est incompétent sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative pour les marchés publics passés par les entités adjudicatrices ;
- la demande de communication des documents relatifs au marché public litigieux est irrecevable et que les documents ne peuvent faire l'objet d'une communication en raison de leur caractère préparatoire ;
- le moyen tiré du défaut de capacités suffisantes du groupement Dinson /AES est inopérant ;
- le groupement Dinson / AES dispose des capacités à fournir les composants électriques des grues via une sous-traitance à la société 2EI ;
- le moyen tiré de l'imprécision des sous-critères manque en fait dès lors que les sous-critères ont été pondérés ;
- l'offre du groupement Dinson / AES est conforme aux spécifications techniques relatives à l'utilisation de matériels de marque Schneider Electric, à l'origine du matériel et au respect des normes européennes ;
- l'origine européenne des aciers n'est pas une exigence requise dans les documents de la consultation ;
- l'offre du groupement Dinson / AES ne comporte aucune dérogation aux cahiers des charges.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

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

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

En début d'audience, le juge des référés a suspendu les débats pendant trente minutes afin de permettre aux parties de prendre connaissance des dernières écritures.

Au cours de l'audience publique tenue en présence de M. Minin, greffier d'audience, M. Wallerich, président, a lu son rapport et entendu les observations de :

- Me Cloix, représentant de la société Bedeschi, qui reprend les éléments développés dans ses écritures,
- Me Catol, représentant du Grand Port Maritime de la Martinique, qui reprend les éléments de son mémoire en défense.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Une note en délibéré, enregistrée le 17 janvier 2022, a été présentée pour la société Bedeschi.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-5 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 entités adjudicatrices 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.* ».

2. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-5 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'entité adjudicatrice. En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements de l'entité adjudicatrice 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.

3. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 26 juin 2021 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, le Grand Port Maritime de la Martinique (GPMLM) a engagé une consultation pour la passation d'un marché public d'acquisition d'un portique à conteneurs de type « over panamax low profile » pour le terminal de la Pointe des Grives du port de Fort-de-France selon une procédure avec négociation. Par courrier signé le 20 décembre 2021, notifié par voie électronique le 26 décembre 2021, l'offre de la société Bedeschi a été rejetée par le GPMLM. Le marché a été attribué à un groupement d'opérateurs composé de la société AES et de la société Dinson. La société Bedeschi, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-5 du code de justice administrative d'annuler la procédure de passation de ce marché public.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-5 du code de justice administrative :

En ce qui concerne les capacités du groupement attributaire

4. Aux termes de l'article R. 2142-3 du code de la commande publique : « *Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs (...).* ».

5. Si l'entité adjudicatrice se doit de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans l'avis d'appel à la concurrence, elle n'est en revanche pas tenue de préciser, dans ledit avis d'appel à la concurrence, des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats. A cet égard, le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par l'entité adjudicatrice sur les garanties financières et les capacités techniques que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

6. La société requérante expose que le groupement Dinson /AES ne dispose pas des capacités techniques suffisantes en matière de la fourniture des composants électriques des grues.

Or, il résulte de l'instruction que le groupement attributaire a proposé de confier la fourniture des composants des grues, à un sous-traitant, la société 2EI. Dès lors qu'aucune erreur manifeste dans l'appréciation portée sur les capacités de l'attributaire ne peut être relevée, le moyen tiré de l'insuffisance des capacités du groupement attributaire n'est pas fondé. Il doit, donc, être écarté.

En ce qui concerne les critères et des sous-critères de sélection des offres

7. Aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique : « *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. (...)* ». Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Il appartient à l'entité adjudicatrice d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

8. En outre, si l'entité adjudicatrice décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères, il doit porter à la connaissance des candidats leurs conditions de mise en œuvre dès lors que ces sous-critères sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et, doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection.

9. En l'espèce, contrairement à ce que soutient la société requérante, les critères et les sous-critères de sélection des offres, qui ne laissent pas une marge d'appréciation inconditionnée à l'entité adjudicatrice, sont suffisamment définis. Par ailleurs, il ressort de l'article 8.1 du règlement de la consultation, de la phase offre, que les critères et les sous-critères ont été pondérés. Par suite, le moyen tiré de l'imprécision et du défaut de hiérarchisation ou de pondération, ne peut qu'être écarté.

En ce qui concerne les motifs de rejet de l'offre de la société Bedeschi

10. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par l'entité adjudicatrice, 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 l'entité adjudicatrice n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et, procédé ainsi au choix de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

11. En premier lieu, si la société Bedeschi soutient que c'est à tort que son offre de prix a été considérée comme plus élevée, elle ne l'établit pas. Elle n'est, par suite, pas fondée à soutenir que son offre aurait été, à cet égard, dénaturée.

12. En deuxième lieu, la société requérante allègue, s'agissant du sous-critère « Organisation du projet » que, d'une part, son offre respecte les spécifications techniques tout en reconnaissant qu'il existe une « différence d'approche quant à la notion de longueur de diffusion ». Elle soutient que cette différence n'a aucune incidence, puisque les valeurs limites de descente de

charge sont respectées. Il ne résulte cependant pas de l'instruction que le GPMM aurait l'entité dans son appréciation souveraine de la pertinence des propositions des soumissionnaires dénaturé l'offre de la société Bedeschi.

13. D'autre part, la société requérante fait valoir que l'appréciation du sous-critère « Organisation du projet » révèle un traitement discriminatoire puisqu'elle n'a pas été mise à même d'expliquer ses calculs de descente de charges. Toutefois, la régularisation des offres ne procédant que d'une faculté, et non d'une obligation incombant à l'entité adjudicatrice, la société Bedeschi n'est pas fondée à invoquer que l'appréciation de son offre serait sur ce point entachée d'une méconnaissance de l'égalité de traitement des candidats. Par suite, ce moyen doit, donc, être écarté.

14. En troisième lieu, la société requérante invoque que son offre a été dénaturée s'agissant de l'examen du sous-critère technique portant sur l'organisation du chantier sur le site de livraison du portique, au motif que la mention d'un navire non low profile lors du chargement était donnée à titre indicatif et, que la référence au port maritime de Jarry pour le déchargement, était une erreur de plume. L'argumentation développée par la société Bedeschi au soutien de ce moyen tend à remettre en cause l'appréciation par l'entité adjudicatrice des mérites de son offre, et ne saurait donc prospérer.

15. En dernier lieu, il ne résulte pas de l'instruction que l'analyse des sous-critères « Service après-vente », « Plan d'Assurance Qualité » et « Plan de formation » serait entachée d'une dénaturation de l'offre de la société Bedeschi, l'entité adjudicatrice étant souveraine dans l'appréciation de la pertinence des propositions des soumissionnaires en termes de précision des éléments de réponse et d'adaptation au projet. Dès lors, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le GPMLM a dénaturé son offre et que les motifs de rejet sont erronés.

En ce qui concerne la non-conformité de l'offre retenue

16. Aux termes de l'article R. 2111-7 du code de la commande publique : « *Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes "ou équivalent" ».*

17. Selon l'article 1.4 du cahier de clauses techniques particulières (CCTP) : « *Les aciers sont fournis par une usine sidérurgique. Les candidats ont le choix, entre des usines ressortissantes de la Communauté Européenne, ou non. Dans le cas où le candidat choisi une usine sidérurgique en dehors de la Communauté Européenne, il devra obligatoirement proposer un protocole de contrôle des aciers. Ce protocole sera soumis à l'approbation du Maître d'ouvrage et de son AMO. Le titulaire devra prouver par des essais effectués par un laboratoire indépendant et réputé, que la qualité de l'acier est équivalente à celle prévues par les Normes Européenne, telles que définies dans l'Annexe « Qualité des aciers » joint aux E.G. ».* Selon l'article 6.1.3 du CCTP : « *La structure principale (portique, poutres, etc....) est exécutée en acier S355 J2G3 ou équivalent. La qualité de la matière sera établie par le Titulaire en tenant compte de son expérience, l'épaisseur, l'utilisation, etc. / Tous les rapports et certificats relatifs aux matières utilisées seront remis au Maître d'ouvrage au moment de la livraison. ».*

18. En premier lieu, la société Bedeschi se prévaut de la méconnaissance par le groupement attributaire de l'exigence relative à l'origine européenne et la qualité de l'acier conformément aux stipulations des articles 1.4 et 6.1.3 du CCTP. Il résulte de l'instruction, et il n'est d'ailleurs pas contesté, que le groupement attributaire qui a proposé un acier en provenance de la Chine, a soumis un protocole de contrôle de sa qualité à l'entité adjudicatrice. L'appréciation de la pertinence dudit protocole relève de l'appréciation souveraine de l'entité adjudicatrice. En outre, il ressort des stipulations du CCTP que l'équivalence de la qualité de l'acier par rapport à la norme européenne devra être démontré par le titulaire, suite à des essais en laboratoire par un organisme indépendant, au moment de la livraison de l'ouvrage. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'exigence européenne de l'acier doit être écarté.

19. En second lieu, la société requérante fait valoir, sans le démontrer, que l'offre attributaire méconnaît les exigences prévues dans les documents de la consultation. Il résulte cependant de l'instruction que l'offre du groupement Dinson / AES est conforme aux spécifications techniques en matière d'utilisation de technologies de marque Schneider Electric, de la durabilité de la peinture, de la largeur maximale entre les butoirs, de la descente de charges et de l'origine européenne des appareillages et matériels. Dès lors, le moyen tiré de l'absence de conformité de l'offre retenue ne peut, par suite, qu'être écarté comme manquant en fait.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe d'impartialité

20. Au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent à l'entité adjudicatrice comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

21. La société Bedeschi argue que la participation de la société Port Crane, en sa qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage pour le marché litigieux, caractérise un manquement à l'obligation d'impartialité en raison de sa qualité de concurrent direct avec la société Bedeschi sur ses activités principales en matière de grues portuaires. En outre, la société requérante soutient que la société Port Crane en charge, par ailleurs, de la maintenance d'anciennes grues pour le GPMLM, « n'a pas intérêt à travailler avec la société exposante qui emploie des modèles de grue sans lien avec son savoir-faire ».

22. Il résulte de l'instruction que ni l'intervention de la société Port Crane dans le secteur de la conception, la fabrication et la rénovation de grues portuaires, ni la réalisation d'activités de rénovation et réhabilitation de grues pour le GPMLM, ne suffisent à établir que la société Port Crane, en sa qualité d'assistant à maîtrise d'ouvrage, aurait cherché à défavoriser l'offre de la société Bedeschi, et ainsi, manqué à son obligation d'impartialité alors qu'au demeurant il résulte des débats que cette société a été sélectionnée pour cette mission à la suite d'une mise en concurrence par le GPMM. Dans ces conditions, le moyen tiré du défaut d'impartialité et de l'existence d'un conflit d'intérêts ne peut qu'être écarté.

23. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non-recevoir opposée en défense, qu'en l'absence de manquement de l'entité adjudicatrice à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, les conclusions de la société Bedeschi tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché et à ce qu'il soit enjoint à au Grand Port Maritime de la Martinique de la reprendre ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les conclusions à fins de communication de l'offre attributaire et des documents de l'analyse

24. La société requérante demande que soit ordonné au GPMLM de communiquer, le rapport de présentation du marché, les procès-verbaux d'ouverture des plis, les rapports d'analyse de la candidature et de l'offre de l'attributaire, les échanges avec l'attributaire lors des négociations, le dossier de candidature et les caractéristiques de l'offre de l'attributaire, son offre de prix globale, l'état des certificats de conformité sociale et fiscale. Toutefois, il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels, tel que défini par l'article L. 551-5 du code de justice administrative, d'ordonner la communication de ces documents. Il y a lieu, dès lors, de rejeter les conclusions à fins d'injonction tendant à la communication des documents de l'analyse et de l'offre de l'attributaire.

Sur les conclusions aux fins d'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

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

26. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de la société Bedeschi une somme de 1 500 euros à verser respectivement au Grand Port Maritime de la Martinique et à la société Automatismes Etudes Services (AES) au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu, en revanche, de faire droit aux conclusions de la société Bedeschi sur le fondement de ces mêmes dispositions.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la société Bedeschi est rejetée.

Article 2 : La société Bedeschi versera au Grand Port Maritime de la Martinique ainsi qu'à la société Automatismes Etudes Services (AES) la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la société Bedeschi tendant à l'application de l'article L 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Bedeschi, au Grand Port Maritime de la Martinique et à la société Automatismes Etudes Services.

Fait à Schœlcher, le 24 octobre 2022.

Le juge des référés,

Le greffier

M. Wallerich

J-H.Minin

La République mande et ordonne au ministre de la transition écologique et solidaire, en ce qui les 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.