

N° 2000537

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Société [REDACTED]

M. Couturier
Juge des référés

Le juge des référés du Tribunal Administratif
de Mayotte,

Ordonnance du 29 mai 2020

39-08-015-01

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 29 avril 2020 à 21 h (heure de Mayotte), présentée par Me [REDACTED], la société [REDACTED] demande au juge des référés, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- d'annuler, à compter de l'examen des candidatures, la procédure d'appel d'offres ouverte le 5 novembre 2019 par le vice rectorat de Mayotte en vue de l'attribution d'une mission de maîtrise d'œuvre portant sur la réhabilitation et le confortement parasismique du collège de Dembeni abîmé à la suite à l'essai de séismes ;
- d'annuler en conséquence la décision du 8 avril 2020 notifiée le 20 avril suivant par laquelle son offre a été rejetée ;
- d'enjoindre au vice-rectorat de Mayotte de reprendre la procédure au stade de l'examen des candidatures, s'il entend poursuivre la passation du marché ;
- de condamner l'Etat à lui verser la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle est susceptible d'être lésée par les irrégularités qui entachent la procédure de passation du marché ;
- le choix de lauréat du marché de maitrise d'œuvre s'est fait au mépris du respect du principe d'impartialité et en méconnaissance des dispositions des articles L. 2141-8, L. 2141-10 et R 211-2 du code de la commande publique dès lors que le bureau d'études [REDACTED] qui avait été mandaté par le vice-rectorat pour effectuer le diagnostic ayant servi de base à l'élaboration du marché lancé, est membre de chacun des groupements candidats au marché classés par le jury en 1^{er} et 2^{ème} position. Ce diagnostic effectué quatre mois avant le lancement de la procédure ne contient d'ailleurs pas une simple analyse technique mais des prescriptions et il ne correspond pas aux missions définies par la loi « MOP » n° 85-704 du 11 juillet 1985, dans le cadre d'une mission DIAG. Alors même que ce diagnostic a été porté à

la connaissance des équipes candidates, de nombreux éléments cités dans la note de mission et connus du seul bureau [REDACTED], n'ont pas été diffusés. Ce bureau ayant réalisé une première mission DIAG a donc bénéficié d'un avantage évident puisqu'une deuxième mission DIAG est demandée au titre de la mission de base dans la procédure d'appel d'offres litigieuse ;

- les dispositions de l'article L. 2111-1 du code précité ont été méconnues dès lors que les besoins du pouvoir adjudicateur ont été sous évalués et étaient imprécis. L'intitulé du marché laissait entendre qu'il convenait de traiter les seuls problèmes liés aux désordres issus de l'essaim de séismes, alors qu'ils étaient en réalité plus vastes ainsi qu'il ressort des mentions relatives à l'objet du marché figurant au règlement de la consultation. La mission DIAG effectuée par [REDACTED] qui disposait d'informations plus complètes ne permet pas d'avoir une vision précise de l'état réel de la structure, le pouvoir adjudicateur ayant d'ailleurs demandé aux candidats de rédiger une note de compréhension du projet. L'analyse des offres a été faussée puisque les deux groupements auquel appartient [REDACTED] ont été classés, malgré des offres de prix plus élevées, avant elle ;

- le classement des offres est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation au regard de l'application des critères et des dispositions de l'article L. 2152-7 du code précité. La décision de rejet de son offre ne permet pas d'obtenir dans le détail des notes obtenues par l'ensemble des candidats, alors même qu'elle a connaissance que son offre était la moins chère. La méthode appliquée selon le règlement de la consultation a pu avoir pour effet de minimiser le critère du prix. Son offre était très solide tant au titre de la qualité de l'équipe que de la valeur technique présentée ;

- l'obligation d'information portant sur les motifs du rejet de l'offre prévue par l'article R. 2181-3 du code précité n'a pas été respectée.

Par un mémoire enregistré le 5 mai 2020 le ministre de l'éducation nationale a rappelé qu'il appartient au seul recteur de Mayotte de conclure en défense.

Par un mémoire enregistré le 15 mai 2020 à 11h16 (heure locale), présenté par Me [REDACTED] la société requérante conclut aux mêmes fins en soutenant en outre que :

- le rapport d'analyse des offres communiqué révèle une erreur manifeste d'appréciation dans la notation qu'elle a obtenue qui aurait dû lui permettre d'être classée en deuxième position ;

- l'attribution du marché s'est faite en violation du principe de transparence des procédures dans la mesure où des documents contractuels mentionnés dans le CCP sont erronés par rapport aux documents réellement adressés aux candidats. Ces derniers ne comprenaient pas le document « *les prestations rendues dans le cadre du concours* », ni les annexes du « *diagnostic parasismique réalisé par [REDACTED] de juillet 2019* », lequel au demeurant n'est pas un diagnostic mais s'intitule « *synthèse des typologies de réparation et des interventions à prévoir Descriptif* ». Cela prive les autres candidats des éléments d'appréciation qui ont permis au bureau [REDACTED] d'aboutir à ses conclusions. Deux documents émanant de la société [REDACTED] ont en revanche été fournis aux candidats, bien qu'étant non référencés.

- de nombreuses données essentielles dont disposaient les sociétés [REDACTED] membres du groupement attributaire n'ont pas été transmis aux candidat. Socetem a elle-même effectué un diagnostic préalable de réhabilitation du collège. Les documents cités par [REDACTED] ne figurent pas dans les pièces constituant l'appel d'offres. Ni l'analyse dynamique des structures ni note de calcul n'ont été fournies aux autres candidats qui n'ont été destinataires que des seules conclusions, ce que confirme l'analyse du rapport [REDACTED] ;

- le marché est irrégulier dès lors qu'il méconnaît les dispositions du code de la

commande publique relatives aux missions de maîtrise d'œuvre , les dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée ainsi que le rôle de la maîtrise d'œuvre cadré par le D. n° 93-1268 du 29 novembre 1993. La mission normalisée DIA décrite à l'article R. 2431-19 de ce code n'a pas été correctement exécutée par [REDACTED] qui s'est borné à proposer des solutions techniques tout en empiétant sur la mission suivante « avant-projet », inséparable des missions classiques d'un maître d'œuvre. L'étude Omnis ne pouvait pas être prise en considération dans la procédure de passation du marché ;

- le vice-rectorat n'a pas davantage respecté le guide des bonnes pratiques de la maîtrise d'ouvrage publique en matière de réhabilitation de bâtiment, aboutissant notamment à ce que, avant même le démarrage de la mission de base, le groupement [REDACTED] a de fait réalisé contre rémunération une partie des missions à venir ;

- le choix du vice-rectorat de Mayotte a été orienté en raison de fondements erronés de la mission de maître d'œuvre au motif notamment qu'il s'est fait principalement sous le prisme de la problématique sismique, alors qu'il s'agit d'une opération de réhabilitation d'un bâtiment présentant des désordres et des faiblesses structurelles au seul stade statique et indépendamment du fait sismique.

Par un mémoire enregistré le 15 mai 2020 à 11h46 (heure locale) le recteur de l'académie de Mayotte conclut au rejet de la requête.

Il soutient que :

- la société requérante n'a pas été lésée aux motifs qu'elle a disposé des mêmes informations que ses concurrents et que l'ensemble des offres a été examiné au regard des critères prévus par le règlement de la consultation. Le fait que le bureau d'étude parasismique ait réalisé un quatrième du diagnostic sismique et soit membre du groupement attributaire n'a pu lui causer de tort. Deux membres du groupement requérant connaissaient les lieux pour les avoir audités en 2017. La requête est irrecevable ;

- les besoins à satisfaire ont été définis conformément aux dispositions de l'article L. 2111-1 du code de la commande publique, ainsi que le démontre notamment la variété des compétences requises et la note de compréhension du projet exigée ;

- le pouvoir adjudicateur n'est pas dans l'obligation d'exclure systématiquement un opérateur économique au seul motif qu'il a participé à la préparation du marché. L'article L. 2111-8 du code précité en dispose. En l'occurrence le diagnostic sismique complet faisait partie des pièces du marché, le bureau d'étude [REDACTED] n'ayant réalisé qu'un quart du rapport, sous l'aspect réparations et interventions à venir ;

- il n'existe aucun conflit d'intérêt au sens de l'article L. 2141-10 du code précité dès lors que seul les agents du rectorat ont participé à la procédure de passation du marché et que le bureau [REDACTED] n'a pas disposé d'autres informations que celles en possession de ses concurrents ;

- les critères ont été appliqués sans favoriser l'un des candidats ;

- la communication des motifs de rejet de l'offre a été faite conformément à l'article R. 2181-4 du code précité.

Par un mémoire enregistré le 18 mai 2020 à 16h01 (heure locale) le recteur de l'académie de Mayotte conclut aux mêmes fins, en soutenant en outre que :

- l'erreur de plume ou l'oubli dans la retranscription d'un élément de la note obtenue par la requérante est sans incidence dès lors qu'avec la note de 84,38 points au lieu de 83,13 points elle se retrouve en deuxième position à égalité avec un autre concurrent ;

- la mission de maîtrise d'œuvre ne s'articule pas autour du seul prisme sismique mais comprend un volet sismique, acoustique, énergétique et d'accessibilité et concerne plus généralement les améliorations apportées à une réhabilitation ;

- tous les candidats ont eu accès aux mêmes informations notamment le diagnostic sismique, les plans du bâtiment, le rapport diagnostic visuel post séisme et le diagnostic structurel post séisme. La société requérante ne démontre pas le contraire et notamment pas que le groupement attributaire aurait disposé des informations transmises à la société [REDACTED] alors même que son nom apparaît dans le diagnostic structurel post séisme ;

- l'article R. 2111-2 du code précité permet à un opérateur ayant participé à la procédure préparatoire d'un marché de participer à ce même marché. Les recommandations du guide des marchés sont inopérantes.

Par un mémoire enregistré le 19 mai 2020 à 20h49 (heure locale), présenté par Me [REDACTED], la société requérante conclut aux mêmes fins en soutenant en outre que :

- l'erreur de retranscription dans sa notation ne constitue pas une simple erreur de plume mais entache le classement des offres d'inexactitudes et d'erreur manifeste d'appréciation ;

- l'analyse des offres du groupement attributaire révèle d'autres incohérences ou erreurs manifestes d'appréciation. Ainsi un délai d'étude de 3 mois ne permet pas d'obtenir les autorisations administratives nécessaires à l'opération. Elle a proposé un délai de chantier de 12 mois et a obtenu l'appréciation « satisfaisante » alors que le groupement attributaire a proposé un délai de 15 mois et a obtenu l'appréciation « excellente » ;

- les deux groupements auxquels appartient le bureau d'études [REDACTED] ont obtenu les meilleures notes ce qui prouve qu'ils ont été avantagés ;

- le marché aurait dû lui être attribué au regard de la capacité et la qualité de son équipe jugée équivalente alors qu'elle a fait une meilleure offre de prix ;

- huit offres ont été déposées et il était possible d'exclure celle du groupement dont [REDACTED] bureau d'études ayant fait des études préalables était membre.

Vu les pièces jointes à la requête.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Couturier, vice-président, pour statuer sur les demandes de référés.

En application de l'article 9 de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 les parties ont été informées d'une part de ce que la clôture de l'instruction a été reportée au vendredi 22 mai 2020 à 12 h (heure de Mayotte) et, d'autre part, de ce que la présente ordonnance est susceptible d'être rendue sans audience.

Considérant ce qui suit :

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

2. Des mesures de confinement restreignant notamment la liberté d'aller et venir ont été prises dans le contexte de la pandémie dite du « covid 19 ». Dans le cadre de la présente instance, compte tenu du caractère indéterminé de la durée des mesures qui précèdent, des intérêts en présence, des circonstances particulières de l'espèce et du contexte épidémique actuel, il est décidé de faire application des dispositions dérogatoires prévues par l'article 9 de l'ordonnance susvisée du 25 mars 2020 et de rendre, au terme d'une procédure contradictoire, la présente ordonnance sans audience.

3. L'Etat- Ministère de l'éducation nationale de l'enseignement supérieur et de recherche, représenté par le vice-recteur de Mayotte mandataire, a lancé sous la forme d'un appel d'offres ouvert régi par les dispositions des articles L. 2124-2, R. 2124-2-1° et R. 2161-2 à R. 2161-5 du code de la commande publique, un appel de candidatures en vue de confier la mission de maîtrise d'œuvre pour « *la réhabilitation et le confinement parasismique du collège de Dembeni abîmé suite à l'essai de séismes* » survenu au cours de l'année 2018. L'article 2-3 du règlement de la consultation précise que la classification de la mission selon le vocabulaire commun des marchés européens est « Services d'architecture, services de construction, service d'ingénierie et services d'inspection ». Les articles 2-4, 2-7, 3-2.2 (mémoire technique) du même document font mention d'un rôle de « *maitrise d'œuvre* » et de « *concepteurs* ». Le cahier des clauses particulières (CCP) précise qu'il s'agit d'un marché de maîtrise d'œuvre. L'enveloppe prévisionnelle de ces travaux, sur la base de laquelle est calculé le montant des honoraires de maîtrise d'œuvre est de 3 500 000 euros selon l'article 1 du règlement de la consultation. Les offres devaient être déposées par les candidats avant le 13 décembre 2019 - 11 heures (heure locale). Huit groupements se sont portés candidats et un candidat n'a pas déposé un dossier complet. L'article 3-3.2 du règlement de la consultation prévoit 3 critères pour départager les candidats, « qualité de l'équipe » notée sur 30 points, « valeur technique de l'offre » notée sur 35 points et « prix de la prestation » noté sur 35 points, chacun des deux premiers critères étant lui-même composés de sous critères pondérés, la méthode de notation étant définie au même article. L'offre du groupement conjoint formé par Inset, [REDACTED] cabinet d'architectes mandataire solidaire du groupement a été rejetée par une décision notifiée le 20 avril 2020 l'informant d'une part de ce qu'elle a été classée en troisième position avec une note globale de 83,13/100 et que,

d'autre part, le marché est attribué au groupement formé par [REDACTED] SAS mandataire du groupement attributaire qui a obtenu la note de 85,21/100 avec un prix de 456 750 euros. Le 22 avril 2020 [REDACTED] qui soutient en qualité de mandataire avoir proposé un prix 320 000 euros a demandé que lui soient transmis l'ensemble des documents de l'analyse des offres et le compte rendu de la commission d'appel d'offres, puis a saisi le juge du référé précontractuel le 29 avril suivant, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, pour demander notamment d'annulation de la procédure de passation du marché.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-1 du code de justice administrative relatif au référé précontractuel :

S'agissant des conclusions à fin d'annulation

4. Au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure les principe d'impartialité et d'égalité entre les candidats dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

5. La société [REDACTED] soutient que la procédure de passation du marché a été faussée par la présence au sein des deux groupements classés en première et deuxième position par le vice rectorat de Mayotte, du bureau d'études [REDACTED] qui avait peu de temps avant participé à la préparation du marché à attribuer. Aux termes de l'article R. 2111-2 du code de la commande publique « *L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché d'un opérateur économique qui aurait eu accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 2° de l'article L 2141-8* ». Aux termes de ce dernier article « *L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui...2° Soit par leur participation directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu un accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens* ». De surcroît, aux termes de l'article L. 2141-10 du même code « *L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché* ».

6. L'article 1 du règlement de la consultation relative à l'objet du marché, repris à l'article 1-1 du cahier des clauses particulières (CCP), précise s'agissant du confortement parasismique que « *Il s'agira de proposer des solutions de confortement structurel viables et économiquement raisonnables, qui puissent permettre sous des secousses sismiques sévères de sauvegarder le plus grand nombre de vies humaines, et sous des secousses plus modérées de limiter les pertes économiques. Cette mission s'appuiera sur les résultats des études de*

diagnostics de vulnérabilité sismique réalisées à la demande du vice-rectorat de Mayotte » et s'agissant de la réhabilitation, « la mission consistera également à réhabiliter l'établissement dans le but d'y améliorer le confort (acoustique thermique) et l'ambiance intérieure (peinture, revêtement de sol, etc.). Le prestataire sera en charge de la mise en conformité acoustique et énergétique ainsi que de la mise en accessibilité complète de l'établissement. Cette mission s'appuiera sur les résultats des audits acoustique et énergétique ainsi que d'un diagnostic accessibilité réalisés à la demande du vice-rectorat de Mayotte. Le maître d'œuvre établira un phasage en une ou plusieurs tranches fonctionnelles des travaux... ». Les articles 1-4 et 7 du CCP, notamment, mentionnent parmi les éléments de la mission de maîtrise d'œuvre à confier, celle dénommée « DIAG » consistant en des études de diagnostic qui permettent de renseigner le maître de l'ouvrage sur l'état du bâtiment, sur la faisabilité de l'opération, et qui doit être effectuée dans un délai maximum de 4 semaines à compter de la date de notification du marché.

7. Il ressort des pièces du dossier que, à la demande du vice rectorat de Mayotte et dans le but de préparer la passation du marché en cause, le bureau d'études [REDACTED] (dont selon son papier à entête la spécialité est l'ingénierie parasismique du bâtiment) a établi en juillet 2019 une étude diagnostic dite « phase DIAG » tendant à faire la « Synthèse des typologies de réparation et des interventions à prévoir au collège de Dembeni, et qui était composée notamment d'un descriptif portant sur la consistance des travaux de confortement nécessaires, les qualités requises et le rôle précis de la maîtrise d'œuvre pour réaliser ce type de travaux. L'étude de diagnostic parasismique [REDACTED] ainsi que ses annexes, font partie des pièces du marché selon l'article 2 du cahier des clauses techniques particulières alors que ni le rapport d'[REDACTED] ni l'article 2 du CCTP ne précisent plus avant quelles sont ses annexes et que le groupement requérant soutient qu'elles n'ont pas été portées à sa connaissance, le rectorat ne pouvant se borner à indiquer qu'ont été transmis aux candidats les plans des bâtiments et les diagnostics visuels ou structurels post-séisme. Il ressort aussi de cette étude « DIAG » que si [REDACTED] n'a pas eu à traiter la partie charpente bois, elle s'est livrée, pour son compte, à une recherche documentaire dont aucun élément ne permet de considérer qu'elle a été ultérieurement diffusée, ce bureau d'études s'étant borné sur ce point à préconiser une étude complémentaire. La même étude DIAG confiée à [REDACTED] comprenait également une estimation financière censée apparaître dans un document distinct, mais dont il ne ressort pas davantage des pièces du dossier qu'elle ait été diffusée aux autres candidats dans le cadre de la passation du marché. Au surplus il est soutenu sans que cela ne soit sérieusement contesté en défense que la société [REDACTED] également membre du groupement attributaire, a été amenée préalablement à effectuer un diagnostic préalable à la procédure de passation du marché. Dans ces conditions, et sans que le rectorat de Mayotte ne puisse utilement faire valoir que, au début de l'année 2017, soit avant l'essai de séismes ayant débuté en mai 2018, le groupement requérant aurait audité le bâtiment, ce dernier est fondé à soutenir qu'en attribuant parmi huit groupements de candidats, le marché de maîtrise d'œuvre au groupement formé des sociétés [REDACTED] SAS mandataire, ainsi que du bureau [REDACTED] qui, quatre mois avant la date limite de remise des offres, avait établi à la demande de l'Etat un rapport de diagnostic se rapportant directement à l'objet du marché, faisant ainsi bénéficier le groupement auquel il appartient d'un avantage indéniable sur les autres candidats finalement en lice, au nombre de 7, l'Etat a méconnu ses obligations en matière de mise en concurrence et d'impartialité, lésant ainsi ses intérêts. Il s'ensuit, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens, que les décisions de rejet des offres et d'attribution du marché de maîtrise d'œuvre, doit être annulée.

S'agissant des conclusions injonctives :

8. Il est enjoint au rectorat de Mayotte (Etat), s'il entend poursuivre la procédure de dévolution du marché de maîtrise d'œuvre, de reprendre cette procédure au stade de l'analyse des candidatures.

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

9. En application des dispositions de cet article il y a lieu de condamner l'Etat, partie perdante, à verser la somme de 1 500 euros à la société [REDACTED]

ORDONNE :

Article 1^{er} : Les décisions de rejet de l'offre et d'attribution du marché de maîtrise d'œuvre pour « la réhabilitation et le confinement parasismique du collège de Dembeni abîmé suite à l'essai de séismes », sont annulées.

Article 2 : Il est enjoint au rectorat de Mayotte (Etat), s'il entend poursuivre la procédure de dévolution du marché de maîtrise d'œuvre, de reprendre cette procédure au stade de l'analyse des candidatures.

Article 3 : L'Etat versera la somme de 1 500 euros à la société [REDACTED] au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société [REDACTED] au ministre de l'éducation nationale, et à la société [REDACTED] SAS attributaire du marché en litige appelée en intervenante forcée.

Copie en sera adressée pour information au rectorat de Mayotte.

Fait à Mamoudzou, le 29 mai 2020.

Le juge des référés,

E. COUTURIER

La République mande et ordonne au préfet de Mayotte 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 conforme,
Le greffier,*