

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANCY**

N° 2103595

SOCIETE SW ENVIRONNEMENT

M. C... A...
Juge des référés

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Ordonnance du 5 janvier 2022

39-08-015-02

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 9 décembre 2021 et des mémoires complémentaires enregistrés les 13, 17 et 27 décembre 2021, la société SW Environnement, représentée par son gérant, demande au juge des référés, dans le dernier état de ses écritures, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

1°) de suspendre le contrat conclu le 19 novembre 2021 relatif au lot n° 2 "travaux de restauration et de renaturation de l'Esch et de ses principaux affluents" ;

2°) d'annuler le contrat conclu le 19 novembre 2021 relatif au lot n° 2 "travaux de restauration et de renaturation de l'Esch et de ses principaux affluents", en application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, ou, subsidiairement, de prononcer la résiliation du contrat et d'infliger une pénalité financière ;

3°) d'enjoindre à la communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson de reprendre la procédure de passation.

Elle soutient que :

- la requête est recevable dès lors qu'elle a été placée dans l'impossibilité juridique d'engager un référé précontractuel à temps, n'ayant eu connaissance des manquements invoqués qu'au moment où le marché était déjà signé et qu'elle serait, dans le cas contraire, privée de tout droit au recours ;

- le pouvoir adjudicateur a fait preuve de favoritisme, porté atteinte au principe d'égalité en adaptant la méthode de notation des offres au moment de l'analyse et a manqué à l'obligation de transparence en ne délivrant pas une information appropriée aux candidats en ce qui concerne les critères d'attribution ;

- si l'entreprise retenue a fortement baissé son offre financière durant la phase de négociation, rien ne permet de justifier que son offre ait été dévaluée après la phase de négociation ;

- ces manquements ont été de nature à la léser.

Par des mémoires en défense enregistrés les 23 décembre 2021 et 3 janvier 2022, la communauté de commune du bassin de Pont-à-Mousson, représentée par Me Oliveira, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société SW Environnement.

Elle soutient que :

- la requête est irrecevable dès lors qu'elle n'entre dans aucun des cas d'ouverture du référé contractuel ;

- la société requérante n'apporte aucun élément de nature à démontrer qu'elle aurait commis des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence ou qu'il existerait des vices susceptibles de l'avoir lésée ;

- la demande de dommages et intérêts formée par la société requérante est également irrecevable au regard de l'article L. 551-16 du code de justice administrative ;

- il n'appartient pas au juge administratif de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ;

- la méthode de notation retenue et consistant à procéder à une nouvelle analyse des offres au stade des offres initiales et des offres négociées est parfaitement régulière ;

- l'offre de la société SW Environnement, incomplète et qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, aurait dû être déclarée irrégulière.

Vu :

- les pièces du dossier desquelles il ressort que la requête a été communiquée à la société Sethy qui n'a pas produit d'observations ;

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Di Candia, vice-président, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative pour statuer en matière de référés.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 4 janvier 2022 à 10h00 :

- le rapport de M. Di Candia, juge des référés ;

- les observations de M. B..., représentant la société SW Environnement qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

- les observations de Me Oliveira, représentant la communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson, qui reprend ses conclusions et moyens écrits.

La société Sethy n'étant ni présente, ni représentée.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience publique du 4 janvier 2022 à 10h22.

Considérant ce qui suit :

1. La communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson a lancé une procédure adaptée en vue d'attribuer le lot n° 2 relatif aux travaux de restauration et de renaturation de l'Esch et de ses principaux affluents. La société SW Environnement s'est portée candidate à l'attribution de ce marché et a été informée du rejet de son offre le 19 novembre 2021 et de l'attribution du marché à la société Sethy. La société SW Environnement demande au juge des référés, dans le dernier état de ses écritures, d'une part, de suspendre l'exécution du contrat conclu avec la société Sethy et, d'autre part, de prononcer la nullité du contrat, ou, à défaut, d'ordonner sa résiliation et d'infliger une pénalité financière à la communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson.

Sur la fin de non-recevoir opposée en défense :

2. Aux termes du second alinéa de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, le recours en référé contractuel « *n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours* ». Aux termes du premier alinéa de l'article L. 551-15 du même code, le recours en référé contractuel « *ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité* ». En vertu de l'article R. 551-7-1 de ce même code, pour pouvoir se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15, le pouvoir adjudicateur « *publie au Journal officiel de l'Union européenne un avis, conforme au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, relatif à son intention de conclure un contrat. Il respecte un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de cet avis et la date de conclusion du contrat* ». Il résulte de ces dispositions qu'un candidat évincé qui a engagé un référé postérieurement à la signature d'un marché passé selon une procédure adaptée alors que le pouvoir adjudicateur n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues par l'article R. 551-7-1 du code de justice administrative et n'a pas observé, avant de le signer, un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis prévu par cet article et la date de conclusion du contrat est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande dirigée contre ce marché, quand bien même le pouvoir adjudicateur lui aurait notifié le choix de l'attributaire et aurait respecté un délai avant de signer le contrat.

3. S'il résulte de l'instruction que le président de la communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson a, le 19 novembre 2021, transmis à la société SW Environnement un courrier lui notifiant le rejet de son offre et son intention d'attribuer le marché à la société Sethy, cette circonstance est, faute pour la communauté de communes de justifier avoir rendu publique son intention de conclure le contrat dans les conditions prévues à l'article R. 551-7-1 précité, sans incidence sur la recevabilité du recours en référé contractuel introduit par la société SW Environnement. Dès lors, la fin de non-recevoir opposée par la communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson doit être rejetée.

Sur les conclusions à fin d'annulation ou de suspension du contrat :

4. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* ». Aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat* ». Enfin, aux termes de l'article L. 551-20 du même code : « *Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière* ».

5. Il résulte des dispositions précitées que les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont limitativement définis à l'article L. 551-18 du code de justice administrative. S'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée, pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à l'obligation de communiquer la décision d'attribution du marché aux candidats non retenus, l'annulation d'un tel contrat ne peut, en principe, résulter que du constat des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, c'est-à-dire de l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. Le juge du référé contractuel doit également annuler un marché à procédure adaptée, sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18, ou prendre l'une des autres mesures mentionnées à l'article L. 551-20 dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé.

6. En premier lieu, la société requérante ne soutient ni même n'allègue que la procédure de passation du contrat litigieux serait entachée des manquements mentionnés aux deux premiers alinéas de l'article L. 551-18 précité, à savoir l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

7. En deuxième lieu, si la société SW Environnement, qui semble contester la méthode de notation employée, invoque la méconnaissance par la communauté de communes

du bassin de Pont-à-Mousson du principe d'égalité et fait valoir que cette dernière a méconnu son obligation de transparence en ne délivrant pas une information appropriée aux candidats quant aux critères d'attribution, la méconnaissance de ces obligations n'est pas au nombre des manquements qui, en vertu des articles L. 551-18 à L. 551-20 du code de justice administrative, peuvent être utilement invoqués devant le juge du référé contractuel.

8. Il suit de là que, si la société SW Environnement peut, si elle s'y croit fondée, invoquer devant le juge du contrat les manquements dont elle se prévaut, ceux-ci ne se rattachent à aucune des hypothèses dans lesquelles le juge du référé contractuel peut exercer son office. Par suite, sa demande tendant à ce que soit prononcée la suspension ou la nullité du marché en litige ne peut qu'être rejetée.

9. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation ou de suspension du contrat en litige, présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, doivent en tout état de cause être rejetées.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

10. Il résulte de tout ce qui a été dit précédemment que les conclusions de la société requérante tendant à ce qu'il soit enjoint au pouvoir adjudicateur de reprendre la procédure d'attribution du marché en cause ne peuvent qu'être rejetées par voie de conséquence du rejet des conclusions présentées sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

Sur les frais d'instance :

11. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société requérante la somme demandée par la communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

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

Article 2 : Les conclusions présentées par la communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société SW Environnement, à la société Sethy et à la communauté de communes du bassin de Pont-à-Mousson.

Fait à Nancy, le 5 janvier 2022.

Le juge des référés,

O. Di A...

La République mande et ordonne au préfet de Meurthe-et-Moselle 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.