

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NANTES**

N°1406542

SOCIETE ALHO SYSTEMBAU

M. Echasserieau
Juge des référés

Ordonnance du 19 août 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Nantes,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 25 juillet 2014, et le mémoire complémentaire, enregistré le 28 juillet 2014, présentés pour la société Alho Systembau, dont le siège est Friesenhagen-Hammer à Friesenhagen (51598) (Allemagne), par Grutzmacher-Gravert-Viegner Paris ;

La société Alho Systembau demande que le Tribunal :

- annule la procédure de passation du marché de conception-réalisation relatif à la construction d'un collège composé de 20 divisions extensible à 24 et de quatre logements de fonction, dans le secteur de Saint Joseph de Porterie ;

- à titre subsidiaire, qu'il prononce l'annulation du marché litigieux au stade de l'analyse des offres ;

- mette à la charge du département de Loire-Atlantique la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

la société Alho Systembau soutient que :

- l'attribution du marché au groupement dont la société Eiffage construction est le mandataire lèse suffisamment ses intérêts en tant que société associée au groupement Léon Grosse, ayant proposé une offre non retenue, et lui confère ainsi un intérêt personnel à agir ;

- la notification du rejet de son offre méconnaît les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics en ce que le courrier ne mentionne pas de manière exhaustive et satisfaisante les motifs qui ont conduit au choix de la société retenue ;

- la procédure est irrégulière en ce que la production des certificats et attestations nécessaires, exigée par l'article 46 du code des marchés publics, n'a pu être matériellement effectuée par la société retenue dans le délai d'une journée qui a couru entre la réunion de la commission d'appel d'offre et la notification de rejet des offres ;

- le pouvoir adjudicateur n'a pas non plus vérifié que le signataire de l'acte d'engagement était habilité à cette fin ;

- le pouvoir adjudicateur n'a pas porté à la connaissance des candidats la manière

dont les critères allaient être pondérés pour tenir compte des sous critères énoncés dans le règlement de consultation ;

- il existe des doutes sérieux quant à la légalité de la composition du jury chargé d'apprécier les candidatures ;
- les exigences minimales que les propositions de variante devaient respecter n'ont pas été clairement indiquées en référence au programme en méconnaissance de l'article 50 du code des marchés publics ce qui l'a lésée en ne lui permettant pas de répondre de manière pertinente ;
- à tout le moins la procédure devra être annulée au stade de l'analyse des offres du fait que l'attribution du marché est infondée en ce qu'il n'est pas établi par le pouvoir adjudicateur que l'offre retenue, eu égard notamment à son prix très bas, satisfaisait aux conditions de modularité et de transférabilité exigées par l'appel d'offre, ce qui aurait du conduire à placer son offre en première position ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 8 août 2014, présenté pour le département de la Loire-Atlantique par Me Lahalle, qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société Alho Systembau une somme de 2 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- la société requérante est irrecevable à présenter son recours dès lors que ses intérêts n'ont pas été lésés en ce que sa candidature aurait dû être écartée pour irrégularité du fait que son formulaire DC1 et celui d'autres sociétés du groupement, qui devaient impérativement figurer au dossier en application de l'avis d'appel public à la concurrence, pour permettre de regarder l'offre du groupement comme complète, n'ont pas été fournies avec des signatures originales mais numérisées;
- le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics est infondé dès lors que, sur le principe, une insuffisance de motivation n'est pas de nature à entraîner l'annulation d'une procédure de passation, que, dans les faits, les éléments fournis étaient suffisants pour permettre à la société de contester la procédure et que, si l'insuffisance de motivation de la lettre de notification de rejet de l'offre de la société requérante devait être retenue, le département entend la compléter dans son présent mémoire ce qui est admis par la jurisprudence ;
- le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre du groupement ayant la société Eiffage constructions comme mandataire, n'est assorti d'aucun commencement de preuve, est inopérant en ce qu'il tendrait à mettre en œuvre devant le juge des référés précontractuels les dispositions de la loi du 17 juillet 1978 et est, au final, infondé puisque seulement 60 000 euros séparent les deux offres, démontrant ainsi le caractère conforme de l'offre du groupement Eiffage au cahier des charges ;
- le moyen tiré de ce que l'offre du candidat retenu n'aurait pas intégré le coût de la transférabilité est inopérant puisque se rapportant à l'appréciation des mérites de l'offre qui ressort du pouvoir exclusif du pouvoir adjudicateur, alors en outre qu'il est infondé puisque l'estimation de ce coût devait uniquement être indiquée à titre d'information mais restait sans incidence sur l'appréciation des prix proposés par les candidats ;
- le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 46 du code des marchés publics par le groupement dont la société Eiffage constructions est le mandataire manque en fait ;
- les critères d'appréciation ont seulement fait l'objet de précisions en ce qui concerne les éléments d'appréciation pris en compte mais ces derniers n'ont pas constitué des sous critères ayant donné lieu à une hiérarchisation ni à une notation spécifique dont il aurait fallu informer les candidats en application de l'article 53 du code des marchés publics, alors que la société requérante n'établit pas plus en quoi le prétendu manquement allégué l'aurait lésée ;

- les allégations quant à la composition irrégulière du jury n'est assortie d'aucun commencement de preuve et manque en fait alors que la société n'aurait pas pu être lésée par cette irrégularité en ce que seule la commission d'appel d'offre était compétente pour attribuer le marché ;
- les exigences minimales que les propositions de variante devaient respecter ont bien été communiquées aux candidats et la société requérante n'établit pas en quoi elle aurait été lésée par ce prétendu manquement puisqu'une de ses variantes a été la mieux notée et que l'offre retenue est l'offre de base ;
- l'annulation du marché litigieux comporterait plus de conséquences négatives que d'avantages compte tenu des problèmes de sureffectifs dans les prochaines années au sein des collèges actuellement ouverts et notamment sur le secteur d'implantation de celui de Saint Joseph de Porterie, qui ne pourraient pas être résorbés avant l'année 2018, si le marché devait être recommencé pour scinder la maîtrise d'œuvre et les constructeurs ce qui constitue un intérêt public devant inciter le juge à ne pas annuler la procédure quand bien même elle serait entachée d'irrégularité ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 11 août 2014, présenté pour les Sociétés Eiffage construction, Sarl Malleret-Cornede-Menard, BH Sas, Serba, Albdo, Synergie Bois, Itac, Process Cuisines, Urbaterra, par Me Palmier qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société Alho Systembau une somme de 500 euros pour chacun des membres du groupement qu'elle représente, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la société requérante n'établit pas en quoi elle serait lésée dès lors qu'elle a pu remettre une offre, sans interroger le pouvoir adjudicateur, laquelle a été jugée régulière mais écartée à bon droit sur la notation moindre de certains critères ;
- la société requérante, à qui revient la charge de la preuve, n'apporte aucun élément sur le caractère optimisé de son offre par rapport à celles des sociétés concurrentes, sachant que les notes sur le premier critère ont été quasiment identiques ;
- il ne relève pas des pouvoirs du juge des référés de demander la communication de documents relatifs aux offres ;
- le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics est infondé en ce que les éléments communiqués étaient conformes aux exigences de ces dispositions, alors qu'une telle irrégularité n'entraîne pas l'annulation du marché mais seulement sa suspension jusqu'à ce que ces éléments soient communiqués à la société requérante ;
- l'article 53 du code des marchés publics a été respecté, le pouvoir adjudicateur peut par principe ne pas communiquer la pondération des sous critères dès lors que ces derniers n'ont pas eu d'impact sur les critères d'attribution ni exercé d'effet de nature à influencer sur la présentation des offres des candidats s'ils en avaient eu connaissance, ce qui en l'espèce a été le cas, le conseil général ayant communiqué aux candidats ce qui a constitué les éléments d'appréciation des critères de notation des offres ;
- les dispositions de l'article 24 du code des marchés publics ont été respectées s'agissant de la composition du jury dont l'impartialité n'est pas sérieusement remise en cause ;
- les exigences minimales se rapportant aux variantes n'ont pas été imprécises au point d'interdire à la société requérante de présenter plusieurs variantes, ce qui démontre qu'elle n'a pas été lésée par une prétendue insuffisance sur ce point ;
- la violation des dispositions de l'article 46 du code des marchés publics n'est pas assortie de précisions permettant d'en apprécier le bien fondé étant précisé que les attestations sociales et fiscales sont couvertes par le secret des affaires ;

Vu le mémoire en intervention en défense, enregistré le 11 août 2014, présenté pour la Société Linéa architectes, par Me Salaün qui conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la

charge de la société Alho Systembau une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- il appartient à la société requérante d'apporter un commencement de preuve à l'appui de ses allégations ce qui ne peut pas être pallié par le recours au pouvoir d'instruction du juge des référés ;
- les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics n'imposent pas de communiquer des informations relatives à l'offre de l'attributaire, qu'en l'espèce des éléments suffisants ont été communiqués et que l'éventuelle méconnaissance de ces dispositions n'aurait pas pour effet d'annuler le marché mais seulement d'en suspendre les effets jusqu'à ce que la société évincée puisse en prendre connaissance et exercer son droit au recours ;
- la société ne peut tirer argument de ce que le prix proposé par le groupement retenu serait inférieur au sien pour soutenir, sans autre preuve, que cette offre serait nécessairement irrégulière, alors qu'il ne ressort pas de l'office du juge de vérifier les documents relatifs aux candidatures ;
- la société ne peut pas se contenter d'alléguer que les dispositions de l'article 46 du code des marchés publics ont été méconnues sans apporter un commencement de preuve et exiger que les documents concernés soient produits afin d'être vérifiés, les attestations fiscales et sociales étant couvertes par le secret des affaires ;
- les dispositions de l'article 53 du code des marchés publics n'ont pas été méconnues dès lors que le pouvoir adjudicateur s'est limité dans le cadre de la procédure contestée à communiquer les éléments d'appréciation de ces critères, ces éléments n'ayant pas eu d'effet sur la sélection des offres puisque n'ayant pas influé sur la pondération des critères telle qu'elle a été communiquée aux candidats ;
- la composition irrégulière du jury ne constitue pas un manquement aux obligations de publicité et de concurrence et manque en fait ;
- le moyen tiré de ce que les variantes n'auraient fait l'objet des exigences minimales de publicité est inopérant puisqu'il aurait seulement pour effet d'interdire au pouvoir adjudicateur d'en tenir compte, alors qu'en l'espèce l'offre retenue est l'offre de base ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 12 août 2014, présenté pour la société Alho Systembau qui conclut à ce que soit mis à la charge des Sociétés Eiffage construction et Linéa architectes une somme de 3 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- l'irrecevabilité tiré de ce que l'offre du groupement auquel elle est associée aurait été irrecevable à défaut de signature manuscrite des attestations DC 1 n'est pas établie d'autant que l'acte d'engagement du mandataire du groupement qui constitue la pièce fondamentale de l'offre a respecté cette formalité et que la jurisprudence s'est infléchie dans un sens favorable au requérant qui ne peut plus se voir interdire de recours pour des irrégularités minimales, alors qu'il conviendrait au final de comparer les documents du groupement dont la société Eiffage construction est le mandataire pour déterminer si son offre n'est pas entachée des mêmes irrégularités ;
- la solution d'évolutivité et de transférabilité ainsi que les performances environnementales ont constitué des sous critères au regard du rapport d'analyse technique des offres qui auraient mérité d'être signalés en tant que tel dans le règlement de consultation ;
- le quorum du jury n'était pas atteint lorsque son offre a été examinée alors qu'il revient au juge de vérifier la légalité de la procédure de passation au vu du procès verbal du jury, document qui n'est pas couvert pas la protection du secret industriel et commercial ;

- les exigences minimales dans la présentation des variantes n'étaient pas présentes puisque n'étaient pas précisées les parties du programme qui étaient concernées sans que l'indication relative aux exigences d'une performance équivalente ou supérieure puisse être retenue dès lors qu'il n'était pas possible pour les candidats de connaître les parties concernées, ce qui a été de nature à la léser dans la présentation de son offre pour répondre aux attentes du pouvoir adjudicateur sans que ce dernier puisse se retrancher derrière le fait que la solution avec variante n'a finalement pas été retenue ;

- les dispositions de l'article 80 du code des marchés publics sont toujours méconnues en ce qu'il n'est pas possible de savoir si le pouvoir adjudicateur a retenu une offre conforme à l'offre de base s'agissant de la transférabilité et de la modularité, ce qui impose de différer la clôture de l'instruction et de provoquer une nouvelle audience en l'attente de précision sur la nature de l'offre attributaire et de ses caractéristiques essentielles ;

- l'offre du groupement dont la société Eiffage construction est le mandataire est bien irrégulière ainsi que cela ressort du rapport de la commission technique d'analyse des offres puisqu'elle ne permet pas une transférabilité intégrale du collège et ne répondait au cahier des charges qui, explicité par le courrier du 7 mars 2014 du département de la Loire-Atlantique, imposait de détailler le coût de la transférabilité, ce qui n'a pas été accompli dans l'offre du groupement attributaire, alors, par ailleurs, que seule cette exigence technique était de nature à justifier le recours à un marché de conception-réalisation ;

- que l'offre du groupement attributaire n'était pas non plus régulière en ce qu'elle ne respectait pas le délai global de réception des travaux ;

- que ces irrégularités établissent qu'elle a été lésée par l'attribution du marché litigieux dans les conditions ci-dessus rapportées ;

- à tout le moins l'attribution du marché groupement dont la société Eiffage construction est le mandataire est infondé en ce que les motifs d'exclusion de son offre sont illégaux puisqu'ils ont abouti à sous noter sa prestation sur le critère n°1 alors que l'offre du groupement attributaire s'est vu bien noté malgré sa transférabilité partielle, cette différence ayant eu nécessairement des répercussions sur l'analyse du critère du prix ;

- le défaut de production des attestations exigées par l'article 46 du code des marchés est un moyen sérieux eu égard au peu de temps écoulé entre la réunion de la commission d'appel d'offre et la notification du rejet des offres et nécessite une vérification à défaut du juge seul s'il estime les documents couverts par le secret industriel et commercial au moyen d'une suspension d'audience, si besoin ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 14 août 2014, présenté pour le département de la Loire-Atlantique, qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Il soutient que :

- la signature originale des formulaires DC1 constitue bien une formalité substantielle, seule de nature à attester de l'engagement juridique de la société comme l'impose notamment l'article 1316-4 du code des marchés publics ;

- l'offre d'Eiffage n'était pas irrégulière en ce qu'elle ne prévoyait pas la transférabilité totale des bâtiments dès lors que seule une transférabilité partielle était exigée par les articles 7.1 et 9.3.2 du règlement de consultation ; que la société requérante ne peut être lésée puisqu'elle n'a elle-même pas présenté une solution totalement transférable ;

- le moyen tiré de l'irrégularité de la composition du jury est infondé puisque l'article 25 du code des marchés publics prévoit l'application de principe de la règle du quorum, que cette règle s'apprécie globalement et qu'en l'espèce 10 membres du jury sur 12 étaient présents pour examiner l'offre de la société requérante ;

Vu le mémoire, enregistré le 18 août à 19 heures, après clôture de l'instruction, présenté pour la société Alho Systembau qui conclut aux mêmes fins que précédemment par les mêmes moyens ;

Vu la décision par laquelle le président du tribunal a désigné M. Echasserieau comme juge des référés ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 ;

Vu l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir convoqués à une audience publique :

- Me Hundsdörfer, représentant la société Alho Systembau;
- Me Lahalle, représentant le département de la Loire-Atlantique ;
- Me Palmier, représentant les Sociétés Eiffage constructions, Sarl Malleret-Cornede-Menard, BH Sas, Serba, Albdo, Synergie Bois, Itac, Process Cuisines, Urbaterra ;
- Me Salaün, représentant le Société Linéa architectes ;

Vu le procès verbal de l'audience publique du 12 août 2014 à 14 heures 00 au cours de laquelle ont été entendus ;

- Me Mourriessse, représentant la société Alho Systembau;
- Me Boisset, représentant le département de la Loire-Atlantique ;
- Me Brault, représentant les Sociétés Eiffage constructions, Sarl Malleret-Cornede-Menard, BH Sas, Serba, Albdo, Synergie Bois, Itac, Process Cuisines, Urbaterra ;
- Me Guyard, représentant le Société Linéa architectes ;

La clôture de l'instruction ayant été différée au lundi 18 août 2014, à 17 heures ;

1. Considérant que, par avis d'appel public à la concurrence régulièrement publié, le département de la Loire-Atlantique a lancé une procédure d'attribution d'un marché public portant sur la conception et la construction d'un collège dit « modulaire » situé sur le secteur de Saint Joseph de Porterie, comprenant la réalisation de structures dédiées à l'enseignement, au nombre de 20 pour la tranche ferme, et des bâtiments annexes devant servir de logements de fonctions ainsi que l'ensemble des équipements nécessaires au bon fonctionnement de l'établissement d'enseignement, dont les modules doivent être en tout ou partie démontables et transférables sur un autre site en fonction des nécessités d'accueil des collégiens ; qu'à l'issue de cette procédure, le groupement ayant la société Léon Grosse pour mandataire, auquel la société Alho Systembau était associée pour présenter un projet, a été informé, par un courrier en date du 16 juillet 2014, du rejet de son offre et de l'attribution du marché à un groupement ayant pour mandataire la société Eiffage constructions ; que la société Alho Systembau entend, par la requête susvisée, contester la procédure d'attribution de ce marché ;

2. Considérant qu'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, 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 : « 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. Considérant qu'en vertu des dispositions précitées, 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 dès lors 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 ; que le choix d'une offre irrégulière est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a écarté la candidature ou, sans la classer, l'offre de ce candidat pour des motifs étrangers à ce manquement ou qu'il était tenu de le faire ;

Sur l'irrecevabilité de la requête fondée sur l'irrégularité de la candidature du groupement auquel était associé la société Alho Systembau Gmbh :

4. Considérant qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : « *Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées (...)* » ; qu'aux termes de l'article 35, I, 1° du code des marchés publics : « (...) *Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.(...)* » ; qu'aux termes de l'article 44 du même code : « (...) *I. - Le candidat produit à l'appui de sa candidature (...) 2° Une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas mentionnés à l'article 43 (...)* *II. - La candidature pour un marché ou un accord-cadre passé selon une procédure formalisée, lorsqu'elle est transmise par voie électronique, est signée électroniquement dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie. » ; qu'enfin l'article 47 de ce code dispose que : « *Après signature du marché, en cas d'inexactitude des documents et renseignements mentionnés à l'article 44 (...) il est fait application aux torts du titulaire des conditions de résiliation prévues par le marché.* » ; qu'il ressort de la section VI de l'avis d'appel public à la concurrence du marché contesté que parmi les éléments obligatoires du dossier de candidature des entreprises figurait une lettre de candidature, correspondant au formulaire DC1 ; que cette exigence n'était toutefois pas reprise dans le point 9.3.2 du règlement de la consultation relatif à la composition de l'offre à remettre par les candidats ;*

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que les formulaires DC 1 émanant de certaines sociétés associés au groupement Léon Grosse, dont le département de la Loire-Atlantique conteste la validité, étaient signés mais que seule une version scannée avait été jointe au dossier ; que si la signature numérisée n'a pas la même valeur qu'une signature originale, et constituait donc une irrégularité, cette dernière, alors qu'aucun doute n'existe en l'espèce sur la réalité des signatures et qu'une telle irrégularité a seulement pour effet, si les renseignements dont la signature attestait l'exactitude s'avéraient erronés, d'autoriser la résiliation du marché après signature, ne revêtait pas un caractère substantiel et ne pouvait légalement justifier à elle seule le rejet de la candidature de la société requérante au stade de la présentation des offres ; que le département de la Loire-Atlantique ne peut se prévaloir des termes de la circulaire du 14 février 2012 ni de ceux la notice explicative du formulaire DC 1, lesquels ne constituent pas des conditions impératives et sont donc dénués de

valeur réglementaire opposable ; que, dès lors, ladite collectivité territoriale n'est pas fondée à soutenir qu'elle était tenue de déclarer la candidature du groupement dont la société Léon Grosse est le mandataire, irrecevable au stade de l'examen des offres à raison de l'absence de signature originale sur certains formulaires DC 1 ; que, par suite, la fin de non recevoir opposée à la société Alho Systembau tirée de ce que l'irrégularité précitée dans la présentation de l'offre du groupement Léon Grosse ôterait tout intérêt pour agir à la société requérante dans le cadre de la procédure de référé précontractuel doit être rejetée ;

Sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête ;

6. Considérant que le département de la Loire-Atlantique et les sociétés en défense ont présenté, à titre liminaire aux débats, des conclusions tendant à ce que la synthèse du rapport de la commission technique des 19 et 20 mai 2014 en préparation à la réunion du jury du 17 juin 2014, produite par la société Alho Systembau en pièce annexe de son mémoire en réplique, soit écartée des débats en ce qu'elle aurait été illégalement obtenue avant la signature du marché et contiendrait des informations couvertes par le secret des affaires qui risquerait de donner à la société requérante un avantage compétitif de nature à nuire à la loyauté de la concurrence, dans l'hypothèse où la procédure litigieuse serait annulée et où une nouvelle procédure de passation du marché serait engagée ; que, toutefois, les sociétés défenderesses, qui ont reconnu elles-mêmes au cours des débats que ce document n'est pas la version définitive ayant servi à l'examen des offres par le jury et qu'elle n'a pas eu de conséquences directes sur la sélection du groupement attributaire du marché par la commission d'appel d'offre, n'apporte ainsi aucun élément de nature à établir que la communication des informations contenues dans le projet de synthèse précité porterait, en l'espèce, une atteinte au secret des affaires ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques et ainsi faire obstacle à ce qu'elle soit produite et discutée dans la présente procédure ; que, par suite, les conclusions sus analysées, présentées par le département de la Loire-Atlantique et les sociétés en défense, doivent être rejetées ;

7. Considérant qu'aux termes du I de l'article 50 du code des marchés publics : « *Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. / Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.* » ; qu'en application de ces dispositions, les candidats peuvent être autorisés par le pouvoir adjudicateur à présenter des variantes, lesquelles constituent des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation ;

8. Considérant, d'une part, que les dispositions de l'article 2.1.2 du règlement de la consultation autorisaient la présentation d'autant de variantes que souhaitées par les candidats définies comme « *des solutions techniques différentes sur des points particuliers du programme sous réserve qu'elles permettent d'obtenir une performance équivalente ou supérieure* » ; qu'en retenant cette formulation le département de la Loire-Atlantique a potentiellement étendu les possibilités de présenter des variantes à l'ensemble des dispositions prévues par le cahier des clauses techniques particulières ; que, contrairement à ce que soutiennent la collectivité territoriale et les sociétés en défense, les dispositions précitées du règlement de la consultation, ne peuvent, de par leur caractère général, avoir suffisamment précisé la nature et l'étendue des variantes que l'entité adjudicatrice se proposait d'admettre en ce que lesdites variantes devaient se référer implicitement au

critère de performance énergétique supérieur à 10% à la réglementation thermique 2012, prévu par l'article 1.1 du règlement relatif à l'objet du marché ;

9. Considérant, d'autre part, que le département de la Loire-Atlantique et les sociétés en défense soutiennent que le moyen tiré du défaut de précision quant à la nature ou à l'étendue des variantes doit être écarté en ce que la société requérante n'a pas été empêchée de présenter une offre avec plusieurs variantes techniques, l'une d'entre elles ayant obtenu une note meilleure que celle du groupement attributaire qui lui-même a finalement été retenu pour son offre de base et non sur une variante ; que, toutefois, la possibilité ainsi offerte, dans le cadre spécifique d'un marché de conception-réalisation, de présenter un nombre illimité de variantes, pour lesquelles aucune indication n'était donnée quant à leur appréciation dans le critère principal de notation relatif à l'adéquation du projet au programme technique détaillé, doit être regardée comme ayant ouvert au pouvoir adjudicateur une possibilité de sélection de l'offre lauréate sans permettre aux candidats admis à concourir de déterminer les exigences minimales dans le cadre desquelles leurs propositions de variante allait être comparée à l'offre de base et aux variantes concurrentes et ainsi d'être en mesure d'en apprécier l'importance pour le pouvoir adjudicateur ; qu'il s'ensuit, qu'en ne pouvant déterminer à la lecture des pièces du marché, ni même à l'issue de la procédure de réponse aux questions du 26 février 2014, dans quelle mesure les variantes qu'elle pourrait présenter seraient de nature à rendre son offre plus attractive que le programme technique initialement conçu, quand bien même une de ses variantes a été mieux notée que l'offre de base du groupement attributaire sur le plus important des critères, sans toutefois totaliser le maximum de point possible, mais qu'au final seul 1,26 point sur 100 sépare son offre de celle de base finalement retenue, à raison notamment d'un parti architectural moins valorisé et d'une moindre qualité d'insertion dans le site, lesquels éléments étaient en partie tributaires des variantes, la société Alho Systembau est fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et que ce manquement, au stade de la procédure auquel il se rapporte, a lésé ses intérêts en avantageant, même de manière indirecte, une entreprise concurrente ;

10. Considérant que le département de la Loire-Atlantique soutient qu'en l'espèce, en application des dispositions susvisées de l'article L. 551-2 du code de justice administrative, doit être pris considération, malgré l'intérêt lésé de la société Alho Systembau, les conséquences négatives de l'annulation du marché en cause, eu égard à l'évolution démographique rapide de la population en âge d'accéder au collège et de la durée nécessaire pour relancer un tel marché, lesquelles pourraient l'emporter sur l'avantage de prononcer cette annulation ; que, toutefois, ladite annulation impose seulement au pouvoir adjudicateur de présenter dans le règlement de consultation les conditions précises et objectives dans lesquelles les candidats pourront être amenés à proposer des variantes ce qui l'autorise à consulter à nouveau les sociétés sur ces nouvelles bases dans un temps relativement restreint ; que, par ailleurs, eu égard aux possibilités également offertes au département de la Loire-Atlantique d'accueillir éventuellement dans des locaux provisoires les collégiens supplémentaires dans l'attente de la passation du nouveau marché, le fonctionnement du service public de l'enseignement en collège en Loire-Atlantique ne peut être regardé comme compromis par les effets d'une annulation du présent marché ; qu'il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de valider le marché illégal au regard de l'intérêt public qu'il y aurait d'assurer le fonctionnement du service public dans de meilleures conditions ;

11. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Alho Systembau est fondée à demander l'annulation de l'ensemble de la procédure de passation du marché portant sur la conception et la construction d'un collège dit « modulaire » situé sur le secteur de Saint Joseph de Porterie ;

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

12. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, le Tribunal ne peut pas faire bénéficier la partie tenue aux dépens ou la partie perdante du paiement par l'autre partie des frais qu'elle a exposés à l'occasion du litige soumis au juge ; que les conclusions présentées à ce titre par le département de la Loire-Atlantique et les Sociétés Eiffage constructions, Sarl Malleret-Cornede-Menard, BH Sas, Serba, Albdo, Synergie Bois, Itac, Process Cuisines, Urbaterra et Linéa architectes doivent dès lors être rejetées ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, en vertu des mêmes dispositions, de mettre à la charge du département de la Loire-Atlantique une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la société Alho Systembau et non compris dans les dépens et de rejeter les conclusions de cette même société dirigées vers les Sociétés Eiffage constructions, Sarl Malleret-Cornede-Menard, BH Sas, Serba, Albdo, Synergie Bois, Itac, Process Cuisines, Urbaterra et Linéa architectes ;

ORDONNE

Article 1er : La procédure de passation du marché portant sur la conception et la construction d'un collège dit « modulaire » situé sur le secteur de Saint Joseph de Porterie est annulée.

Article 2 : Le département de la Loire-Atlantique versera à société Alho Systembau une somme de 1 500€ (mille cinq cents euros) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Alho Systembau, au conseil général de la Loire-Atlantique, aux Sociétés Eiffage constructions, Sarl Malleret-Cornede-Menard, BH Sas, Serba, Albdo, Synergie Bois, Itac, Process Cuisines, Urbaterra et Linéa architectes.

Fait à Nantes, le 19 août 2014

Le juge des référés,

Le greffier,

M. Echasserieau

Mme Minard

La République mande et ordonne au préfet de la Loire-Atlantique 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,

Mme Minard