

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 1703754

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE ADECHOTECH

Le Juge des référés,

Audience du 30 novembre 2017
Ordonnance du 5 décembre 2017

39-08-015-01

D

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 27 octobre 2017, la société AdEchotech, représentée par Me A...Dumont, demande au juge des référés :

1) d'annuler la procédure de passation du marché de fourniture et de mise en service d'un système de télé-échographie lancée par la communauté de communes Touraine Val de Vienne ;

2) de mettre à la charge de la communauté de communes Touraine Val de Vienne la somme de 3 000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le dossier de consultation comporte des informations contradictoires ;
- la procédure est entachée d'un défaut de transparence ;
- les modalités de mise en œuvre des critères et sous-critères de notation des offres ont été irrégulières ;
- les dispositions du II de l'article 99 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics ont été méconnues ;
- certains critères n'ont pas été pondérés en méconnaissance de l'article 62 du décret du 25 mars 2016 sur les marchés publics ;
- des sous-critères ont été fusionnés ;
- des sous-critères pondérés n'ont pas été portés à la connaissance des candidats ;
- la notation des offres est entachée d'erreur manifeste d'appréciation ;
- les manquements allégués l'ont lésée.

Par un mémoire en défense, enregistré le 30 novembre 2017, la communauté de communes Touraine Val de Vienne, représentée par la SCP Omnia Legis, conclut au rejet de la requête et demande de mettre à la charge de la société AdEchotech la somme de 2 500 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la requête n'est pas recevable ;
- les moyens de la société requérante ne sont pas fondés.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport M.B..., juge des référés ;
- et les observations de Me Dumont, avocat de la société AdEchotech, et de Me Mongis, avocat de la communauté de communes Touraine Val de Vienne.

1. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la communauté de communes Touraine Val de Vienne a lancé une procédure adaptée d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'un marché de fourniture et de mise en service d'un système de télé-échographie destiné à la maison de santé du Pays de Richelieu à Richelieu ; que la date limite de remise des offres était fixée au 13 juin 2017 à 10 heures ; que par lettre du 28 septembre 2017, le président de la communauté de communes Touraine Val de Vienne a informé la société requérante que son offre, d'un montant de 43 200 euros TTC, n'avait pas été retenue au motif que celle de la société Sonoscaner, d'un montant de 58 860 euros TTC, qui était retenue, était mieux disante en ayant obtenu la note globale de 82,38 sur 100 alors que la requérante obtenait la note de 72,13 sur 100 ; que la société requérante demande l'annulation de la procédure de passation du 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 : « *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.* » ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché :

3. Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient 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 ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 20.1 du règlement de la consultation, l'analyse et le classement des offres sont effectués à partir d'un critère « Valeur clinico-technique », noté 60 points sur 100, décomposé en quatre sous-critères dont « Réponse au besoin fonctionnel médical » pour 30 points, «Caractéristiques techniques » pour 10 points, « Prestation installation – formation – maintenance » pour 10 points et « Garantie – Délai de livraison » pour 10 points, et d'un critère « Valeur financière », noté 40 points sur 100, pour lequel il est précisé que « Les montants en investissement de la configuration complète seront notés sur 40 en tenant compte des écarts relatifs. Ainsi, le montant le moins élevé obtient la note de 40/40 » ;

5. Considérant qu'aux termes de l'article 24 du cahier des clauses techniques particulières du marché, le candidat doit fournir un ensemble de télé-échographie dont le contenu descriptif est donné, et prévoir quatre prestations supplémentaires éventuelles dont une obligatoire consistant en la fourniture et la mise en service des matériels et logiciels pour le site Expert et trois facultatives dont la fourniture et mise en service des matériels permettant la visio-conférence sur les deux sites, un contrat de maintenance Tout Risque pour l'installation du site Patient et un contrat de maintenance Tout Risque pour l'installation du site Expert ;

6. Considérant, en premier lieu, que la société requérante soutient que le dossier de consultation comprend des informations contradictoires dès lors qu'il est prévu quatre prestations supplémentaires éventuelles ce qui permet de s'interroger sur la capacité de la communauté de communes à définir correctement son besoin et son étendue, que les modalités d'analyses des offres annoncées dans le règlement de la consultation contredisent directement le découpage des prestations supplémentaires éventuelles et leur caractère obligatoire ou facultatif puisque la maintenance est inscrite dans le sous-critère de jugement des offres « Prestation installation – formation – maintenance » et que les modalités de mise en œuvre du critère « Valeur financière » viennent attester du caractère en réalité non facultatif des prestations supplémentaires ; que, toutefois, les besoins du pouvoir adjudicateur étaient suffisamment précisés par le cahier des clauses techniques particulières ; que l'élément « maintenance » du sous-critère « Prestation installation – formation – maintenance » du critère « Valeur clinico-technique » était utile pour apprécier la valeur technique de l'ensemble de télé-échographie à fournir par les candidats dans leur offre de base ; qu'à la supposer établie, il ne résulte pas de l'instruction que la circonstance qu'en réalité les prestations supplémentaires facultatives auraient présenté un caractère obligatoire pour le pouvoir adjudicateur a lésé ou été susceptible de léser la société requérante en ne lui permettant pas de présenter son offre la plus intéressante ;

7. Considérant, en deuxième lieu, que la société requérante soutient qu'en intégrant tant la prestation supplémentaire éventuelle obligatoire que les prestations supplémentaires éventuelles facultatives dans l'analyse de la « Valeur financière » des offres, la communauté de communes a violé le principe de transparence des procédures et porté atteinte à l'égalité de traitement des candidats ; que, toutefois, aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe, n'interdit au pouvoir adjudicateur d'apprécier la valeur financière des offres en retenant, outre le montant de la solution de base d'un marché, le montant des prestations facultatives demandées aux candidats à condition de respecter le principe d'égalité de traitement de ces derniers ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu le principe d'égalité de traitement des offres lors de l'analyse des offres des deux candidats ayant répondu à l'appel public à la concurrence ; que, par suite, la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en estimant le montant des offres des candidats à partir du montant de l'ensemble des prestations obligatoires et facultatives qu'ils devaient fournir dans leurs offres, la communauté de communes a méconnu les principes de transparence de la procédure d'appel public à la concurrence et d'égalité de traitement des candidats ;

8. Considérant, en troisième lieu, que la société requérante soutient que la communauté de communes a fusionné irrégulièrement trois aspects totalement différents du sous-critère 1.3 « Prestation installation – formation – maintenance » et deux aspects du sous-critère 1.4 « Garantie – délai de livraison » qui n'ont pas de lien entre eux et qui auraient dû faire l'objet d'un critère « Garantie » et d'un critère « Délai de livraison » avec une pondération distincte ; qu'elle fait valoir, en outre, que les candidats n'avaient aucune connaissance du poids éventuellement accordé par le pouvoir adjudicateur sur chacun des aspects à l'intérieur d'un même sous-critère ; que, toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que la composition de ces deux sous-critères, d'ailleurs pondérés chacun pour seulement 10 points sur un total de 100 points, a empêché la société requérante de remettre sa meilleure offre et qu'elle aurait été lésée ou a été susceptible d'être lésée par le manquement, à le supposer établi, qu'elle allègue sur ce point tiré du manque de transparence de la procédure et de la rupture d'égalité de traitement des candidats ;

9. Considérant, en quatrième lieu, que la société requérante soutient que le sous-critère « Réponse au besoin fonctionnel médical », retenu pour 30 points sur 100 points, a été noté sur la base de sous-critères pondérés qui n'ont pas été préalablement portés à la connaissance des candidats ; qu'elle se prévaut des termes de la lettre qui lui a été adressée le 19 octobre 2017 par le président de la communauté de communes dans laquelle figure un tableau décomposant en cinq éléments la notation du sous-critère précité pour chacun des deux candidats ; que, toutefois, ces cinq éléments de notation ne peuvent être regardés comme des sous-critères devant faire eux-mêmes l'objet d'une pondération et que le pouvoir adjudicateur aurait dû porter à la connaissance des candidats dès lors qu'ils étaient évalués chacun sur quatre, cinq ou sept points pour trois d'entre eux, soit un écart raisonnable, et qu'ils n'étaient pas susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ;

10. Considérant, en cinquième lieu, qu'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, 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 ; qu'il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en

méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats ; que, par suite, le manquement tiré de ce que la communauté de communes a commis une erreur manifeste d'appréciation de son offre ne peut être accueilli ;

11. Considérant, enfin, qu'aux termes du II de l'article 99 du décret susvisé du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : *«II - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet (...)»* ;

12. Considérant que la société requérante soutient qu'à aucun moment, ni dans son courrier du 19 octobre 2017, la communauté de communes Touraine Val de Vienne n'a communiqué la configuration de l'offre retenue avec ou sans prestation supplémentaire éventuelle, obligatoire ou facultative ce qui méconnaît les dispositions précitées ; que, toutefois, dans sa lettre du 28 septembre 2017 rejetant son offre, le président de la communauté de communes a précisé, dans un tableau, les notes globales et celles attribuées à chacun des critères et sous-critères de notation des offres ainsi que le montant TTC du coût investissement site patient pour chacune des deux offres déposées ; que suite à la demande du 5 octobre 2017 adressée par la société requérante, le président a, par lettre du 19 octobre 2017, communiqué les caractéristiques et les avantages de l'offre de la société retenue, soit Sonoscaner, au regard de ceux de la société requérante pour le critère « Réponse au besoin fonctionnel médical » comme cette dernière le sollicitait ; qu'en l'espèce, l'ensemble de ces informations, qui sont suffisamment précises, délivrées à la société requérante, lui permettaient de contester utilement le rejet de son offre ; que, par suite, la société requérante ne peut invoquer une méconnaissance par la communauté de communes des dispositions de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 susvisé ;

13. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par la communauté de communes Touraine Val de Vienne, que la société AdEchotech n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché de fourniture et de mise en service d'un système de télé-échographie lancée par la communauté de communes Touraine Val de Vienne ;

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

14. Considérant, d'une part, que les dispositions susvisées de l'article L.761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la communauté de communes Touraine Val de Vienne, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme de 3 000 euros que demande la société requérante au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

15. Considérant, d'autre part, qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société AdEchothec une somme de 1 000 euros au titre des frais exposés par la communauté de communes Touraine Val de Vienne et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête présentée par la société AdEchothec est rejetée.

Article 2 : La société AdEchothec versera une somme de 1 000 euros (mille euros) à la communauté de communes Touraine Val de Vienne au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société AdEchotech et à la communauté de communes Touraine Val de Vienne.

Fait à Orléans, le 5 décembre 2017.

Le juge des référés,

Jean-Michel B...

La République mande et ordonne à la préfète d'Indre-et-Loire en ce qui la 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 ordonnance.