

TA Rennes, société Atlantique Génie Civil , 25 août 2022, n°2203868

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 27 juillet et 17 août 2022, la société Atlantique Génie Civil, représentée par la SELARL ACM, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-5 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché engagée par le syndicat mixte Eau du Morbihan portant sur l'aménagement de l'usine d'eau potable de Toultreincq à Gourin ;

2°) d'enjoindre au syndicat mixte Eau du Morbihan de se conformer à ses obligations, sous astreinte de 500 euros par jour de retard, et, en conséquence, de réorganiser une consultation en respectant les règles de publicité et de mise en concurrence ;

3°) de mettre à la charge du syndicat mixte de l'Eau du Morbihan la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ainsi que les entiers dépens.

Elle soutient que :

– la requête est recevable ;

– l'entité adjudicatrice a méconnu l'obligation de procéder à l'allotissement du marché dès lors que ce dernier porte sur différents types de prestations techniques ; la justification générale apportée dans le dossier de consultation des entreprises pour déroger au principe de l'allotissement n'est pas suffisante ; le fait que la réalisation en lots séparés rendrait la réalisation des ouvrages plus difficile n'est étayée par aucun fait ou contrainte technique précis ; il n'est pas démontré qu'effectivement tous les marchés portant sur la réalisation d'une usine d'eau potable seraient passés en lot unique ; le marché en litige ne figure pas au nombre des marchés limitativement définis par le code de la commande publique qui échappent par principe à l'allotissement ; les prétendues difficultés rencontrées en cas de mise en œuvre d'un allotissement sont inexistantes ; en se présentant seule et non en groupement, elle aurait disposé de chances sérieuses d'être attributaire d'un lot correspondant à sa spécialité ;

– les documents de la consultation sont imprécis s'agissant de la technologie de l'étape d'affinage de l'eau, en méconnaissance des principes relatifs à la publicité et à la mise en concurrence ; il existe une contradiction dans les documents de la consultation sur la technologie choisie par le maître de l'ouvrage ; cette ambiguïté a pénalisé le groupement auquel elle appartient ;

– la méthode de notation des offres est irrégulière s'agissant en particulier du critère technique ; le mode de calcul conduit à une notation par paliers qui contribue à neutraliser la pondération des critères de la valeur technique des offres ;

– la prolongation unilatérale du délai de validité des offres est irrégulière au regard des dispositions de l'article R. 2144-9 du code de la commande publique ; les conditions économiques ont été bouleversées par cette prolongation, ce qui ne lui a pas permis de présenter une offre suffisamment performante ;

– l’offre retenue présente un caractère inacceptable et aurait dû être écartée ; le montant de cette offre dépasse de 6,7 % le budget initialement alloué au marché, sans que l’entité adjudicatrice ne démontre qu’elle serait en mesure de financer ce dépassement ; l’augmentation du budget en cours de consultation traduit une absence de définition sincère du besoin et du budget ;

– le candidat retenu disposait de capacités et de références insuffisantes lors de l’examen des candidatures en avril 2021 au regard des exigences des documents de la consultation.

Par un mémoire en défense, enregistré le 12 août 2022, le syndicat mixte Eau du Morbihan, représenté par la SELAS FIDAL, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société requérante le versement d’une somme de 5 000 euros au titre de l’article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir qu’aucun moyen de la requête n’est fondé.

Par un mémoire en défense, enregistré le 13 août 2022, les sociétés Sources et CNR Construction, représentées par la SELARL Parme avocats, concluent au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société requérante le versement d’une somme de 5 000 euros en application de l’article L. 761-1 du code de justice administrative, au titre des frais et dépens.

Elles font valoir qu’aucun moyen de la requête n’est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

– le code de la commande publique ;

– le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme René, première conseillère, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus au cours de l’audience publique du 17 août 2022 :

– le rapport de Mme A ;

– les observations de Me Métais-Mouries, représentant la société Atlantique Génie Civil, qui maintient les conclusions de la requête par les mêmes moyens qu’elle développe ; elle ajoute que la méthode de notation des offres est irrégulière s’agissant du critère relatif aux garanties souscrites ;

– les observations de Me Rouchon, représentant le syndicat mixte Eau du Morbihan, qui persiste dans ses écritures, par les mêmes arguments qu’il développe ;

– et les observations de Me Coquel, représentant les sociétés Sources et CNR Construction, qui persiste dans ses écritures, par les mêmes arguments qu’elle développe ;

– en présence de M. Laudren, président de la société Atlantique Génie Civil, et de Mme B, directrice générale des services du syndicat mixte Eau du Morbihan.

La clôture de l'instruction a été différée, en dernier lieu, au 22 août 2022 à 16 h.

Par un mémoire, enregistré le 19 août 2022 à 9 h 58, la société Atlantique Génie Civil, représentée par la SELARL ACM, persiste dans ses conclusions par les mêmes moyens qu'elle développe ; elle précise notamment, s'agissant du critère de notation des offres relatif aux garanties souscrites, que la prise en considération d'une autre garantie qui ne figurait pas au cahier des garanties souscrites correspond à une modification irrégulière des critères de sélection des offres après la remise de ces dernières qui a permis à la société attributaire d'obtenir deux points supplémentaires.

Par un mémoire, enregistré le 22 août 2022 à 9 h 57, le syndicat mixte Eau du Morbihan, représenté par la SELAS FIDAL, persiste dans ses conclusions par les mêmes arguments qu'il développe ; il ajoute d'une part, que le mémoire présenté le 19 août 2022 pour la société Atlantique Génie Civil doit être écarté des débats, à défaut pour elle d'avoir respecté le délai qui lui avait été imparti par le juge des référés, lors de l'audience, pour produire un nouveau mémoire et, d'autre part, que le critère relatif aux garanties souscrites n'a pas été modifié.

Par un mémoire, enregistré le 22 août 2022 à 10 h 13, les sociétés Sources et CNR Construction, représentées par la SELARL Parme avocats, persistent dans leurs conclusions par les mêmes arguments qu'elles développent ; elles ajoutent, d'une part, que le mémoire présenté le 19 août 2022 pour la société Atlantique Génie Civil est irrecevable, à défaut pour elle d'avoir respecté le délai qui lui avait été imparti par le juge des référés, lors de l'audience, pour produire un nouveau mémoire et, d'autre part, que le critère relatif aux garanties souscrites n'a pas été modifié.

Par un mémoire, enregistré le 22 août 2022 à 15 h 59, non communiqué, la société Atlantique Génie Civil, représentée par la SELARL ACM, persiste dans ses conclusions par les mêmes moyens qu'elle développe.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis publié le 1er mars 2021 au Bulletin officiel des annonces de marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne, le syndicat mixte Eau du Morbihan a, en qualité d'entité adjudicatrice relevant des articles L. 551-5 et suivants du code de justice administrative, lancé une consultation en vue de l'attribution, en procédure négociée avec appel à la concurrence préalable, d'un marché public unique de travaux portant sur la réalisation des prestations nécessaires à l'aménagement de l'usine d'eau potable de Toulreincq, à Gourin, d'une capacité de traitement de 300 m³/h. Le groupement composé des sociétés Atlantique Génie Civil et Saur, qui s'est porté candidat, a été informé, par courrier du 13 juillet 2022, du rejet de son offre. Par sa requête, la société Atlantique Génie Civil doit être regardée comme ayant saisi le juge des référés d'une demande sur le fondement de l'article L. 551-5 du code de justice administrative.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-5 du code de justice administrative :

2. Aux termes de l'article L. 551-5 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les entités adjudicatrices de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ». Aux termes de l'article L. 551-6 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre

de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat ou à la constitution de la société d'économie mixte à opération unique. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis ». Aux termes de l'article L. 551-7 de ce code : « Le juge peut toutefois, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, écarter les mesures énoncées au premier alinéa de l'article L. 551-6 lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages » .

3. Il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-5 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'entité adjudicatrice. En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements de l'entité adjudicatrice à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui sont susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels de rechercher si l'opérateur économique qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

4. En premier lieu, aux termes de l'article L. 3 du code de la commande publique : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » . L'article L. 2113-10 du même code ajoute que : « Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. / L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots () » . L'article L. 2113-11 de ce même code précise que : « L'acheteur peut décider de ne pas allouer un marché dans l'un des cas suivants : / 1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; / 2° La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. / Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer le marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision. » Enfin, aux termes de l'article R. 2113-3 du même code : « L'acheteur qui décide de ne pas allouer un marché répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix : / 1° Dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article R. 2184-1, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ; / 2° Parmi les informations qu'il conserve en application des articles R. 2184-7 et R. 2184-8, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice » .

5. Saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allouer un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle l'entité adjudicatrice a procédé et les justifications qu'elle fournit sont entachées d'appréciations erronées, eu égard à la marge d'appréciation dont elle dispose pour décider de ne pas allouer lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que mentionnent les dispositions précitées de l'article L. 2113-11 du code de la commande publique. Le juge des référés s'assure ainsi de l'existence de raisons suffisamment sérieuses et circonstanciées invoquées par l'acheteur pour justifier de déroger à l'obligation d'allouer le marché.

6. En l'espèce, le recours à un marché unique est justifié par le syndicat mixte Eau du Morbihan, dans le règlement de la consultation, par la circonstance que » Du fait de la technicité particulière des ouvrages mis en œuvre, la dévolution en lots séparés rend la réalisation techniquement difficile, financièrement plus coûteuse, implique une dilution des responsabilités entre les différents intervenants et entraîne également des délais supplémentaires importants. « .

7. La société Atlantique Génie Civil soutient que l'entité adjudicatrice a méconnu l'obligation de procéder à l'allotissement du marché dès lors que ce dernier porte sur différents types de prestations techniques qui auraient pu faire l'objet de marchés distincts. Il résulte toutefois de l'instruction que les prestations à réaliser ne peuvent être regardées, eu égard à leur nature et à leur forte interdépendance liée aux techniques mises en œuvre, comme des prestations distinctes justifiant la passation de marchés par lots séparés. Pour ce seul motif et alors même que le marché en litige ne figure pas au nombre des marchés limitativement définis par le code de la commande publique qui échappent par principe à l'allotissement, le syndicat mixte Eau du Morbihan, qui a suffisamment justifié dans les pièces de la consultation le recours à un marché global, a ainsi pu, sur le fondement du 2° de l'article L. 2113-11 du code de la commande publique, estimer que la dévolution en lots séparés risquait de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations objet du marché. Au surplus, la société Atlantique Génie Civil, dont la candidature en groupement avec la société Saur a été sélectionnée par l'entité adjudicatrice, ne démontre pas qu'en présentant seule une offre correspondant à sa spécialité, elle aurait disposé de chances sérieuses d'être attributaire de ce lot correspondant à sa spécialité. Il ne résulte ainsi pas de l'instruction que le recours à un marché global a été susceptible de la léser. Ce moyen doit, par suite, être écarté.

8. En deuxième lieu, la société requérante invoque des imprécisions dans les pièces de la consultation. Elle se prévaut en particulier d'une contradiction portant sur la technologie de l'étape d'affinage de l'eau choisie par le maître de l'ouvrage. Si le dossier de consultation des entreprises initial, qui laissait déjà aux entreprises candidates la possibilité de proposer une variante, comportait une ambiguïté sur les types de technologies d'affinage par charbon actif susceptibles d'être proposés en base et en variante, il résulte de l'instruction qu'en cours de consultation et à la suite de la diffusion de l'invitation à concourir transmise aux candidats retenus le 4 mai 2021, l'entité adjudicatrice a indiqué dès le 12 mai 2021, en réponse à une question présentée par une société dont la candidature en groupement avait également été retenue, que « () les entreprises auront le choix dès l'offre de base entre une solution charbon actif en lit fluidisé OU charbon actif en poudre avec décantation, et pourront, si elles le souhaitent, proposer la solution non retenue en offre de base dans l'offre variante. ». Compte tenu de cette précision, qui ne constitue pas une modification substantielle du marché, et alors même que certaines des pièces du dossier de consultation comportaient encore certaines imprécisions ou incohérences, ces dernières n'ont pas induit en erreur les entreprises candidates. De plus, la date limite de remise des offres initiales, d'abord prévue au 8 septembre 2021, ayant été reportée au 20 octobre 2021, les entreprises candidates disposaient encore de plus de cinq mois pour formuler de nouvelles questions auprès de l'entité adjudicatrice en cas d'incompréhension du dossier de consultation, ce que ni la société requérante ni les autres sociétés candidates n'ont entrepris. Il résulte en outre du rapport d'analyse des offres que le groupement d'entreprises attributaire du marché composé des sociétés Sources et CNR Construction ainsi que le groupement d'entreprises composé des sociétés Saur et Atlantique Génie Civil ont choisi de présenter une offre basée sur la même technologie du charbon actif en lit fluidisé, dont il n'est d'ailleurs pas démontré qu'elle serait, comme l'allègue la société requérante, plus onéreuse que celle du charbon actif en poudre. Il résulte de l'ensemble de ces considérations que la société Atlantique Génie Civil n'est pas fondée à se prévaloir de la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations en termes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats en raison d'imprécisions contenues dans le dossier de consultation des entreprises.

9. En troisième lieu, aux termes de l'article R. 2143-3 du code de la commande publique : « Le candidat produit à l'appui de sa candidature () 2° Les renseignements demandés par l'acheteur aux fins de vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles du candidat. ». Aux termes de l'article R. 2143-12 du même code : « Si le candidat s'appuie sur les capacités d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il

en disposera pour l'exécution du marché. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié. « . L'article R. 2144-1 de ce code dispose que : » L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R. 2144-3 à R. 2144-5. « . Aux termes de l'article R. 2142-13 du même code : » L'acheteur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. () « . Aux termes de l'article R. 2142-14 de ce même code : » L'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat « .

10. Il résulte de ces dispositions, d'une part, que l'entité adjudicatrice doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public. Les documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures doivent être objectivement rendus nécessaires par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. Il en résulte, d'autre part, que le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par l'entité adjudicatrice sur les niveaux de capacité technique exigés des candidats à un marché public, ainsi que sur les garanties, capacités techniques et références professionnelles présentées par ceux-ci que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

11. L'article 5 du règlement de consultation exige, s'agissant des références professionnelles des candidats, des » Références d'ouvrages réceptionnés au cours des 5 dernières années ou en cours d'exécution ; de même nature et importance, appuyées pour les références les plus importantes, d'attestations de bonne exécution précisant les lieux et dates de réalisation, et si les travaux ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin. () « , les références de travaux exécutés depuis plus de cinq ans étant également pris en compte. Cet article prévoit que ces références concerneront, pour le traitement des eaux, » les études d'exécution et la réalisation d'usine d'eau potable de filière de type A3 » avec un niveau minimum requis concernant une capacité d'au moins 300 m3 par heure et, pour le génie civil, » les études d'exécution et la réalisation d'ouvrages hydrauliques et de bâtiments (bassins divers), travaux de fondations spéciales et déconstruction/déséquipement « , avec un niveau minimum requis concernant des ouvrages hydrauliques d'une capacité minimale de 500 m3. Le même article exige en outre, s'agissant des qualifications professionnelles relatives au traitement de l'eau destinée à la consommation humaine, un certificat » SYNTEAU ou équivalents : classe 2 : débit compris entre 100 m3/H et 500 m3/h « .

12. La société Atlantique Génie Civil soutient que le candidat retenu disposait de capacités et de références insuffisantes lors de l'examen des candidatures au regard des exigences des documents de la consultation pour ce qui concerne, en particulier, le traitement des eaux. Contrairement à ce qu'elle fait valoir, les documents de la consultation, qui exigeaient des références d'ouvrages réceptionnés au cours des cinq dernières années, n'imposaient ni un nombre minimal de cinq références ni des références concernant spécifiquement la technologie d'affinage de l'eau par charbon actif en lit fluidisé ou en poudre. Il résulte de l'instruction que le groupement attributaire du marché a transmis à l'appui de son dossier de candidature un tableau listant ses nombreuses références, dont en particulier trois références répondant aux exigences du règlement de la consultation, à savoir la réalisation d'ouvrages à Ntoum au Gabon d'une capacité de 2 000 m3 par heure, à Legedadi en Éthiopie d'une capacité de 1 750 m3 par heure et à Bonifacio en France d'une capacité de 312 m3 par heure. La société requérante n'établit pas, par les éléments qu'elle apporte, que ces ouvrages n'étaient pas réalisés lors de la phase des candidatures ni que la société Sources n'aurait pas elle-même effectué les prestations en cause. Au surplus, la société Sources a déclaré dans son dossier de candidature faire appel à la société GLS comme sous-traitant,

laquelle dispose également de nombreuses références dans ce domaine. Dans ces conditions, le moyen tiré de l'insuffisance de capacités et de références du groupement attributaire doit être écarté.

13. En quatrième lieu, aux termes de l'article R. 2144-9 du code de la commande publique : » En cas d'appel d'offres restreint, de procédure avec négociation ou de dialogue compétitif, l'invitation comprend au minimum les informations suivantes : / () 2° La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation. () « . Le délai ainsi fixé ne peut être prolongé qu'avec l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre, sans que s'impose la fixation d'une nouvelle date limite, et sous réserve qu'un changement dans les conditions de la concurrence ou dans les conditions prévisibles d'exécution du contrat ne rende pas nécessaire, dans les circonstances propres à chaque procédure de mise en concurrence, eu égard notamment au rapport entre la durée de la procédure et la durée d'exécution du contrat, la fixation d'une nouvelle date limite ou l'organisation d'une nouvelle procédure de publicité. L'expression d'un tel accord peut résulter notamment, selon les circonstances de l'espèce, de la poursuite par les candidats des négociations avec le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice.

14. En l'espèce, le règlement de la consultation prévoyait un délai de validité des offres de 180 jours à compter de la limite fixée pour la remise des offres. Cette date limite de remise des offres, initialement fixée au 8 septembre 2021 à 12 heures, a été reportée en cours de consultation au 20 octobre 2021 à 12 heures. Il résulte de l'instruction que les trois offres reçues ont été remises dans le délai imparti. Les négociations avec les trois groupements candidats concernés ont pris la forme d'une audition et de quatre questionnaires adressés à chacun des candidats. À l'issue des négociations, le syndicat mixte Eau du Morbihan a demandé aux groupements candidats, lors de la transmission du questionnaire n° 4 le 24 mars 2022, de remettre une offre finale intégrant les pistes d'optimisation détectées en cours de négociation. Il a alors été indiqué aux candidats que » cette offre finale clôture la négociation et relancera le délai de validité des offres de 180 jours « . Le dépôt par ces trois candidats de leurs offres finales après négociations démontre qu'ils ont tous au moins implicitement accepté le nouveau délai de validité de leurs offres, ces offres correspondant en tout état de cause à celles modifiées après négociations. Si, par ailleurs, la société Atlantique Génie Civil fait valoir que son groupement a posé, à une date qu'elle ne précise pas, une question au syndicat mixte Eau du Morbihan portant sur la détermination du » mois zéro « de référence pour la révision des prix du futur marché, à laquelle il n'a été répondu que ce mois » est celui de remise de l'offre finale, soit avril 2022 » que le 5 avril 2022, soit dix jours avant la date limite de remise des offres fixée au 15 avril suivant, la société requérante ne démontre pas que ce délai aurait été trop court pour lui permettre de remettre son offre finale en tenant compte de cette réponse, alors au demeurant que l'article 7.2.1 du cahier des clauses administratives particulières, auquel renvoyait l'acte d'engagement, indiquait de manière précise que » les prix du présent marché sont réputés établis sur la base des conditions économiques du mois de remise de l'offre ou de l'offre finale, le cas échéant par le titulaire. Ce mois est appelé « mois zéro ». « . En outre, si la modification du mois de référence des prix entre l'offre initiale et l'offre finale a impacté le prix de l'offre proposée par le groupement de la société requérante, cette dernière ne démontre pas qu'elle aurait été lésée sur ce point, cette circonstance ayant prévalu pour les trois groupements candidats. Au surplus, dès lors qu'il est constant que les groupements candidats ont bénéficié du même délai pour remettre leurs offres finales et qu'ils ont pu faire évoluer les prix proposés compte tenu également des modifications de leurs offres consécutivement aux négociations, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que les conditions économiques auraient été bouleversées par la prolongation du délai de validité des offres et que cela ne lui aurait pas permis de présenter une offre suffisamment performante. Ce moyen tiré de l'irrégularité de la prolongation du délai de validité des offres doit, par suite, être écarté.

15. En cinquième lieu, aux termes du premier alinéa de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : » L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées « . Aux termes de l'article R. 2152-1 du même code : » Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. / Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. « . Aux termes de l'article L. 2152-3 du même code : » Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure « .

16. La société Atlantique Génie Civil soutient que l'offre retenue présente un caractère inacceptable au regard du budget initialement alloué au marché, l'augmentation de ce budget en cours de consultation traduisant selon elle une absence de définition sincère du besoin et du budget. Toutefois, il résulte du rapport d'analyse des offres que le montant de l'offre retenue est de 6 602 492 euros hors taxes alors que celle du groupement de la société requérante est de 6 917 000 euros hors taxes. Or, alors que le caractère inacceptable d'une offre, au sens de l'article L. 2152-3 du code de la commande publique précité, s'apprécie au regard des disponibilités budgétaires du pouvoir adjudicateur, il résulte de l'instruction que l'enveloppe budgétaire à hauteur de 6 140 000 euros initialement allouée au marché par une délibération du conseil syndical du syndicat mixte Eau du Morbihan du 21 mars 2021 a été portée au montant de 8 260 000 euros par une nouvelle délibération du 25 mars 2022, soit antérieurement à la date limite de remise des offres finales. Il n'est pas établi, ni même allégué, que le syndicat mixte Eau du Morbihan n'aurait pas disposé des moyens nécessaires pour financer l'offre du groupement attributaire, dont le montant hors taxes n'est supérieur que de 7,5 % environ au montant initialement alloué. Il n'est pas davantage démontré que, dans un contexte de volatilité des prix, le syndicat mixte Eau du Morbihan n'aurait pas procédé à une définition sincère de ses besoins et de son budget, d'autant qu'il résulte de l'instruction, en particulier du rapport d'analyse des offres, que la différence de prix entre l'offre du groupement attributaire et celle du groupement auquel appartient la société Atlantique Génie Civil est principalement due à l'importance de la remise commerciale accordée par le groupement attributaire. En outre, et alors que l'offre de prix finale du groupement de la société requérante était elle-même supérieure à celle de l'entreprise attributaire du marché, il ne résulte pas de l'instruction que la modification de l'enveloppe prévisionnelle aurait été décidée par le pouvoir adjudicateur afin de favoriser un autre candidat. Ce moyen doit dès lors être écarté.

17. En sixième lieu, l'entité adjudicatrice définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'elle a définis et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que l'entité adjudicatrice, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publics, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation.

18. L'article 8 du règlement de la consultation prévoit que les offres seront notées au regard de quatre critères, à savoir la » Valeur technique de l'offre » sur 50 points, le » Coût des prestations » sur 30 points, le » Coût prévisionnel d'exploitation » sur 5 points, les » Garanties souscrites » sur 10 points et le » Phasage » sur 5 points. Le critère de la valeur technique comprend les trois sous-critères » Conception générale du process » sur 20 points, » Génie civil et mode de réalisation des travaux » sur 20 points ainsi que » Ergonomie / circulation / accessibilité ouvrages / manutention

des équipements lourds / instrumentation / accès / sécurité » sur 10 points. Le critère du coût prévisionnel d'exploitation comporte quant à lui les deux sous-critères » Coût d'exploitation sur 15 ans » et » Cohérence du BPE « . Les critères » Coût des prestations » et » Coût prévisionnel d'exploitation » sont notés selon une formule mathématique non remise en cause par la société requérante. Pour chaque autre critère, le même article 8 du règlement de la consultation prévoit que » () l'offre se voit attribuer une évaluation en note pleine sur une échelle de 1 à 5 / – 1 = offre insuffisante. Offre qui présente des lacunes techniques, des non-qualités ou des incohérences. / – 2 = offre moyenne. Offre qui présente des imprécisions ou des généralités, tout en restant une offre conforme et acceptable / – 3 = offre adéquate. Offre suffisamment précise et complète / – 4 = Offre répondant bien aux exigences du cahier des charges de la consultation. / 5 = offres présentant des aspects qualitatifs supérieurs aux exigences du cahier des charges de la consultation Si un critère comporte des sous critères, chaque sous critère est également évalué dans les mêmes conditions. / Les notes pour chaque critère, et le cas échéant pour chaque sous critère, sont déterminées de la manière suivante : $C \times (Na/5)$ dans laquelle : / * C est le coefficient de pondération affecté au critère considéré (ou sous critère le cas échéant) / * Na est l'évaluation attribuée au critère (ou sous critère le cas échéant) « .

19. La société requérante soutient que la méthode de notation des offres serait irrégulière, s'agissant en particulier du critère technique, dès lors que le mode de calcul conduirait à une notation par paliers qui contribuerait à neutraliser la pondération des sous-critères de la valeur technique des offres et que le fait qu'une offre insuffisante soit notée 1 et non 0 neutraliserait une partie de la note. Cependant, ni la circonstance qu'aucun des critères et sous-critères ne puisse recevoir une note nulle ou un nombre décimal, ni la circonstance que l'offre du groupement de la société requérante ait obtenu les mêmes notes que le groupement attributaire dans chacun des trois sous-critères correspondant à la valeur technique de l'offre ne sont par elles-mêmes de nature à révéler que la notation de ce critère par paliers aurait privé de sa portée le critère technique ou neutralisé sa pondération ou celle de ses sous-critères, ce qui ne résulte pas de l'instruction. Par ailleurs, la société requérante invoque le manque de clarté de la grille de notation entre 1 et 5 des sous-critères et critères autres que les critères » Coût des prestations » et » Coût prévisionnel d'exploitation « , précisée dans le règlement de la consultation. Toutefois, et alors que l'entité adjudicatrice n'était pas tenue d'y faire figurer cette grille de notation, la présentation associée à chaque note comprend des informations suffisamment précises pour avoir permis au syndicat mixte Eau du Morbihan de différencier les offres et aux groupements candidats de connaître les attentes de l'entité adjudicatrice et d'élaborer une offre qualitative et performante. L'ampleur et la complexité technique du projet objet du marché ne permettent pas non plus d'établir l'irrégularité de la méthode de notation de certains critères par paliers, alors en outre qu'il n'est pas démontré que cette méthode aurait avantage le groupement attributaire. Il s'ensuit que le moyen tiré du caractère irrégulier de la méthode de notation des offres doit être écarté.

20. En dernier lieu, ainsi qu'il a été dit au point 18 de la présente ordonnance, l'un des critères de notation prévus par le règlement de la consultation porte sur les » Garanties souscrites « . Pour répondre à ce critère, les candidats devaient compléter un document intitulé » Cahier des garanties souscrites « .

21. Contrairement à ce que soutient la société requérante, il ne résulte pas de l'instruction qu'en prenant en considération la prolongation des délais de garantie de 12 à 24 mois proposée dans l'offre du groupement attributaire l'entité adjudicatrice, cette dernière aurait modifié la consistance du critère » Garanties souscrites » figurant au règlement de la consultation. Il résulte d'ailleurs du rapport d'analyse des offres que si le syndicat mixte Eau du Morbihan a noté l'intérêt d'une offre proposant une durée de la période de garantie de 24 mois alors que le cahier des clauses administratives particulières mentionnait une durée limitée à 12 mois, il s'est d'abord fondé, pour attribuer la note maximale de 5 points au groupement attributaire alors que le groupement de la

société requérante n'a obtenu que la note de 3 points, sur les circonstances que l'offre du premier groupement proposait un niveau de pertes en eaux maximales plus faibles et des garanties de qualités d'eaux intermédiaires plus importantes que celle du second. La société requérante ne conteste par ailleurs pas ne pas avoir complété le « Cahier des garanties souscrites » s'agissant de la durée de la garantie du système de protection des structures métalliques. En tout état de cause, à supposer même que le groupement de la société requérante ait également obtenu la note maximale sur ce critère, soit une note de 10 points sur 10 après pondération au lieu des 8 points qu'elle a reçus, la note totale de son offre, portée à 86,6 points sur 100, aurait encore été inférieure à celle du groupement attributaire qui a obtenu la note totale de 87,9 points. Ainsi, il ne résulte pas de l'instruction qu'à supposer même établi un manquement du syndicat mixte Eau du Morbihan à ses obligations de mise en concurrence, la société requérante aurait été lésée par ce fait. Il s'ensuit que ce moyen doit être écarté.

22. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner la fin de non-recevoir opposée par les sociétés Sources et CNR Construction, qu'en l'absence de manquement du syndicat mixte Eau du Morbihan à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, les conclusions de la requête de la société Atlantique Génie Civil tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché litigieux ainsi que celles tendant à ce qu'il soit enjoint au syndicat mixte Eau du Morbihan de se conformer à ses obligations, sous astreinte de 500 euros par jour de retard, et à ce que soit réorganisée une consultation doivent être rejetées, les conclusions de la requête à fin d'annulation ne relevant en tout état de cause pas de l'office du juge des référés saisis sur le fondement de l'article L. 551-5 du code de justice administrative.

Sur les frais liés au litige :

23. D'une part, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du syndicat mixte Eau du Morbihan, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement de la somme demandée par la société Atlantique Génie Civil.

24. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Atlantique Génie Civil le versement de la somme de 750 euros au syndicat mixte Eau du Morbihan et de la somme globale de 750 euros aux sociétés Sources et CNR Construction au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens.

25. D'autre part, la présente instance n'a donné lieu à aucun dépens. Par suite, les conclusions présentées par la société Atlantique Génie Civil et les sociétés Sources et CNR Construction au titre de l'article R. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent qu'être rejetées.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la société Atlantique Génie Civil est rejetée.

Article 2 : La société Atlantique Génie Civil versera la somme de 750 euros au syndicat mixte Eau du Morbihan et la somme globale de 750 euros aux sociétés Sources et CNR Construction en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions présentées par les sociétés Sources et CNR Construction est rejeté.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Atlantique Génie Civil, au syndicat mixte Eau du Morbihan, ainsi qu'à la société Sources, première dénommée, pour l'ensemble des sociétés attributaires en application de l'article R. 751-3 du code de justice administrative.

Fait à Rennes le 25 août 2022.

Le juge des référés,

signé

C. ALe greffier,

signé

M.-A. Vernier

La République mande et ordonne au préfet du Morbihan en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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.