

N° 1501161

Société Satelec

Mme Pouget
Juge des référés

Audience du 26 mars 2015
Ordonnance du 2 avril 2015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 12 mars 2015 sous le n° 1501161, présentée pour la société Satelec, dont le siège social est situé 24 avenue du général De Gaulle à Viry-Chatillon (91170) par la société d'avocats Avoxa ; la société Satelec demande au juge des référés précontractuels :

- d'annuler l'ensemble de la procédure de passation du lot n° 8 intitulé « courants forts et faibles-SSI » du marché public de travaux portant sur la construction de l'établissement public pour personnes âgées dépendantes Maurice Peigné à Quévert, y compris les décisions s'y rapportant, notamment la décision de la commission d'appel d'offres en date du 9 février 2015 ;

- d'enjoindre au centre hospitalier René Pleven de Dinan de reprendre la procédure dans des conditions conformes aux dispositions en vigueur ;

- de condamner le centre hospitalier René Pleven de Dinan à lui verser la somme de 4 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- son offre a été dénaturée ; en effet, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur de fait lors de l'analyse des offres, plus particulièrement lors de l'évaluation du sous-critère « Qualité de la note organisationnelle explicative de l'entreprise » noté sur 9 points, en considérant que ses effectifs étaient insuffisants et en lui attribuant une note de 4/9 alors que la société JPF Industries, qui présente des effectifs identiques, s'est vu attribuer une note de 9/9 ; en outre, le pouvoir adjudicateur a pris en considération dans l'évaluation de ce sous-critère la question de l'insertion alors que cet élément n'était pas prévu par le règlement de la consultation ; elle a été lésée par ces manquements dès lors qu'elle aurait dû obtenir la note de 9/9 et, par suite, être classée première puisqu'elle avait obtenu la meilleure note s'agissant du critère du prix ;

- le pouvoir adjudicateur aurait dû éliminer comme irrégulière l'offre de la société attributaire dès lors que cette dernière n'a pas chiffré les prestations supplémentaires éventuelles ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 24 mars 2015, présenté pour le centre hospitalier René Pleven de Dinan, représenté par son directeur par la société d'avocats C.V.S ; le centre hospitalier René Pleven de Dinan conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société Satelec à lui verser la somme de 4 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que :

- le moyen tiré de la dénaturation de l'offre de la société requérante, pris en ses deux branches, est inopérant, le juge du référé précontractuel ne pouvant exercer aucun contrôle, même minimum, sur l'appréciation des offres ; il est, en tout état de cause, non fondé, dès lors que l'offre de la société JPF Industries était, du point de vue des effectifs, supérieure à celle de la société requérante d'une part et que l'élément « insertion » n'a reçu aucune valorisation particulière et ne peut, dès lors, être qualifié de critère ou de sous-critère d'autre part ;

- le moyen tiré de la prétendue non-conformité de l'offre de la société attributaire manque en fait dès lors que cette dernière n'a nullement omis de renseigner les cases correspondant aux prestations supplémentaires éventuelles mais a simplement émis une proposition d'un impact financier nul ;

- la société requérante, arrivée en troisième position, ne démontre pas qu'elle est susceptible d'avoir été lésée par les manquements qu'elle invoque ;

Vu le mémoire, enregistré le 25 mars 2015, présenté pour la société Satelec, qui conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

Elle prend acte de ce que l'élément insertion n'a pas été valorisé dans la notation du sous-critère C1 et de ce que l'entreprise a émis une proposition d'impact financier nul, confirme le bien-fondé de ses autres moyens et soutient en outre que :

- l'égalité entre les candidats n'a pas été respectée dès lors qu'elle a été auditionnée le 16 février 2015 sans que les conditions posées par la note de la direction des affaires juridiques de Bercy ne soient remplies, qu'il n'est pas possible de s'assurer qu'il n'y a pas eu de négociation avec le candidat attributaire et qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de l'interroger par écrit sur les moyens humains qu'elle entendait mettre en œuvre ;

- la société JPF Industries ne pouvait se voir attribuer le marché dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle a fourni les pièces prévues par l'article 46 du code des marchés publics ;

Vu le mémoire, enregistré le 26 mars 2015, présenté pour le centre hospitalier René Pleven de Dinan qui maintient ses conclusions précédentes par les mêmes moyens ;

Il soutient en outre que :

- le moyen tiré de la rupture d'égalité de traitement entre les candidats n'est pas fondé : le pouvoir adjudicateur s'est borné à demander aux candidats de préciser leur offre en faisant le choix de les auditionner, possibilité que n'exclut pas l'article 59-1 du code des marchés publics en l'absence de toute précision sur la forme que doit revêtir une demande de précision adressée aux candidats ; contrairement à ce qu'allègue la société requérante, aucune négociation n'a eu lieu avec la société attributaire ;

- le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 46 du code des marchés publics manque en fait, la société JPF Industries ayant produit les pièces visées par cet article au moment de sa candidature et de son offre ; sa portée est, au surplus, très limitée et ne pourrait tout au plus que justifier une demande tendant à ordonner au centre hospitalier de faire communiquer par la société attributaire lesdites pièces ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics

Vu le code du travail ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle la présidente du Tribunal a désigné Mme Pouget, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 26 mars 2015 :

- le rapport de Mme Pouget, juge des référés ;

- les observations de Me Costard représentant la société Satelec qui reprend ses écritures et qui soutient, notamment, que si la société attributaire avait produit antérieurement au classement des offres les pièces prévues par l'article 46 du code des marchés publics, faisait néanmoins défaut une attestation de l'Ursaff datée de moins de six mois ; que, contrairement à ce que soutient le pouvoir adjudicateur dans ses écritures, une audition des candidats, en principe non permise dans le cadre d'un appel d'offre ouvert, n'est possible à titre dérogatoire que si les quatre conditions posées par la note de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, sont remplies, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; qu'elle ne peut avoir aucune garantie sur l'absence de négociations avec la société attributaire d'autant que l'offre de la société attributaire a été substantiellement modifiée en ce qui concerne les moyens en effectifs ;

- les observations de Me Ramaut, représentant le centre hospitalier René Pleven de Dinan, qui persiste à conclure au rejet de la requête par les mêmes moyens qu'il reprend oralement ; il soutient, notamment, que le moyen tiré de la rupture d'égalité entre les candidats du fait d'une négociation n'est soulevé que pour les besoins de la cause et que la société requérante tente de tirer parti de la forme inhabituelle de la demande du pouvoir adjudicateur visant à obtenir des précisions sur les moyens humains mis en œuvre par les candidats ; qu'il existe un vide juridique sur cette modalité de demande de précision que le code des marchés publics n'interdit pas ; que la société requérante n'apporte aucun commencement de preuve à l'appui de son allégation selon laquelle une négociation aurait eu lieu avec la société JPF Industries ; que l'affirmation de la société requérante selon laquelle la société attributaire a modifié son offre en ce qui concerne les moyens humains est totalement erronée ; que l'absence de procès-verbal d'audition, qui ne présente aucun caractère obligatoire dès lors que la note du ministère des finances est dépourvue de valeur réglementaire, n'a aucun impact sur la régularité de la procédure ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction ;

1. Considérant que le centre hospitalier René Pleven de Dinan a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de travaux relatif à la construction d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes de 150 lits sur le territoire

de la commune de Quévert ; que, par lettre du 3 mars 2015, le pouvoir adjudicateur a informé la société Satelec que son offre, relative au lot n° 8 de ce marché, intitulé « courants forts et faibles-SSI » n'avait pas été retenue, qu'elle avait été classée en troisième position avec une note de 95 sur 100 et que le candidat attributaire était la société JPF Industries dont l'offre avait obtenu un total de 96,20 points ; que la société Satelec demande l'annulation de la procédure de passation du marché en cause pour l'attribution du lot n° 8 et qu'il soit enjoint au centre hospitalier René Pleven de Dinan de reprendre la procédure de passation ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

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 (...) la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix (...)./ 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 (...) »* ; qu'aux termes de l'article L. 551-10 dudit code : *« Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 (...) sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) »* ; qu'il résulte de ces dispositions qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; qu'à cet égard, il lui appartient 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 ;

3. Considérant que, dans le dernier état de ses écritures, la société requérante soutient que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur de fait lors de l'analyse de son offre de nature à la dénaturer, a méconnu le principe d'égalité entre les candidats en ayant eu recours à la négociation et qu'il n'est pas justifié que la société a produit, conformément à l'article 46 du code des marchés publics, l'attestation de fourniture de déclarations sociales émanant de l'organisme de protection sociale chargé du recouvrement de ses cotisations et contributions sociales datant de moins de six mois prévue par l'article D. 8222-5 du code du travail ;

4. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative qu'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, s'agissant des mérites respectifs des offres ; qu'il lui incombe en revanche de contrôler le bien-fondé des motifs pour lesquels ledit pouvoir adjudicateur a estimé qu'une offre n'était pas la plus économiquement avantageuse et, notamment, si cette appréciation ne résulte pas d'une dénaturation de cette offre ;

5. Considérant que la société requérante fait valoir que la note qu'elle a obtenue au titre du sous-critère C1 intitulé « moyens humains affectés au projet » relevant du critère de la valeur

technique, inférieure de 5 points à celle de la société attributaire, n'est pas justifiée dès lors que les effectifs qu'elle proposait dans son mémoire technique étaient équivalents à ceux que la société JPF Industries avait elle-même proposés et que le pouvoir adjudicateur a ainsi commis une erreur de fait ; qu'en réalité, il ressort du rapport d'analyse des offres que la commission d'appel d'offres a considéré que les moyens humains affectés au projet par la société requérante, tels que décrits dans son mémoire technique, s'ils paraissaient suffisants, ne correspondaient pas aux moyens réels en personnel de ladite société, tels qu'ils ressortaient de l'organigramme de son agence ; qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier que cette appréciation serait entachée d'une erreur de fait ; que, pour le reste, la question de savoir si les moyens humains proposés par la société requérante, complétés au besoin par le recours à des sous-traitants, répondaient aux besoins du projet, relève d'une appréciation qualitative des offres sur laquelle le juge des référés précontractuels n'exerce pas son contrôle ;

6. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 33 du code des marchés publics : *« L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats admis. (...) »* ; qu'aux termes de l'article 59 dudit code : *« I. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. / II. - Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation (...) »* ;

7. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées, qui n'excluent pas la possibilité d'auditionner les candidats, y compris lorsque que, comme en l'espèce, une demande de précisions ou de compléments portant sur certains éléments de leurs offres leur a d'ores et déjà été adressée, que le pouvoir adjudicateur ne peut discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres ; que la société requérante ne peut se prévaloir des termes de la note de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances en date du 7 juin 2011, lesquels sont dénués de valeur réglementaire opposable ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que le centre hospitalier René Pleven de Dinan aurait négocié avec la société attributaire au cours de l'audition ayant eu lieu le 16 février 2015 ; que si la société requérante allègue que l'entreprise JPF Industries aurait ajusté son offre sur le volet des moyens humains à l'issue de discussions menées avec le pouvoir adjudicateur lors de cette audition, elle n'apporte à l'appui de cette allégation aucun commencement de preuve ; que le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait méconnu le principe d'égalité entre les candidats doit, dès lors, être écarté ;

8. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 46 du code des marchés publics : *« I. - Sous réserve des dispositions du VI de l'article 45, le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit en outre : 1° Les pièces prévues aux articles D. 8222-5 ou D. 8222-7 et D. 8222-8 du code du travail ; ces pièces sont à produire tous les six mois jusqu'à la fin de l'exécution du marché ; 2° Les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. (...) III. - Le marché ne peut être attribué au candidat dont l'offre a été retenue que si celui-ci produit dans le délai imparti les certificats et attestations prévus au I et au II. S'il ne peut produire ces documents dans le délai imparti, son offre est rejetée et le candidat éliminé. / Le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires avant que le marché ne lui soit attribué. (...) »* ;

9. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché doit produire des documents attestant notamment qu'il est à jour de ses obligations fiscales et sociales avant la signature du marché ; qu'à défaut, son offre doit être rejetée, le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne pouvant se voir attribuer le marché ;

10. Considérant que par le courrier précité du 3 mars 2015, le centre hospitalier René Pleven de Dinan a indiqué à la société requérante que son offre, relative au lot n° 8 du marché en litige, avait été rejetée et que ledit lot avait été attribué à la société JPF Industries ; que, toutefois, il n'est pas établi que cette dernière avait produit à la date d'attribution dudit lot l'attestation de fourniture de déclarations sociales datant de moins de 6 mois prévue par l'article D. 8222-5 du code du travail ; que, dans ces conditions, la société Satelec, qui peut utilement soulever un tel moyen, est fondée à soutenir qu'en application de l'article 46-III du code des marchés publics, le centre hospitalier René Pleven de Dinan ne pouvait légalement attribuer le marché à la société JPF Industries ;

11. Considérant, toutefois, que ce manquement n'est susceptible de léser la société requérante, dont l'offre, qui n'a pas été jugée inappropriée, irrégulière ou inacceptable, a été classée en troisième position après celle de la société JPF Industries et celle de la société SPIE, que si les candidats classés en première position et deuxième position ne sont pas en mesure de produire l'ensemble des documents exigés ; que, par suite, s'il y a lieu d'annuler la décision de rejet de l'offre de la société requérante et d'attribution du lot n° 8 du marché en litige à la société JPF Industries, il convient d'enjoindre au centre hospitalier René Pleven de Dinan, s'il entend toujours conclure le lot n° 8 du marché envisagé, de solliciter de la société JPF Industries, puis à défaut de la société SPIE, la communication dans un délai imparti de l'ensemble des documents exigés par l'article 46 du code des marchés publics avant de prononcer l'attribution dudit lot ;

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

12. Considérant qu'aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :
« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. » ;

13. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Satelec qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que le centre hospitalier René Pleven de Dinan demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge du centre hospitalier René Pleven de Dinan la somme de 1 200 euros au titre des dispositions précitées ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La décision du 3 mars 2015 par laquelle le centre hospitalier René Pleven de Dinan a rejeté l'offre de la société Satelec et a attribué le lot n° 8 du marché public de travaux portant sur la construction de l'Ehpad Maurice Peigné à Quévert à la société JPF Industries, est annulée.

Article 2 : Il est enjoint au centre hospitalier René Pleven de Dinan, s'il entend toujours conclure le lot n° 8 du marché en litige, de solliciter de la société JPF Industries, puis à défaut de la société SPIE, la communication, dans un délai imparti, de l'ensemble des documents exigés par l'article 46 du code des marchés publics avant de prononcer l'attribution du marché.

Article 3 : Le centre hospitalier René Pleven de Dinan versera à la société Satelec la somme de 1 200 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Satelec, au centre hospitalier René Pleven de Dinan et à la société JPF Industries.

Fait à Rennes, le 2 avril 2015

Le juge des référés,

Le greffier,

signé

signé

M. Pouget

M-A. Vernier

La République mande et ordonne au préfet des Côtes-d'Armor 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.