

N° 1601120

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Association SOLIHA FINISTÈRE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Tronel
Juge des référés

Le juge des référés,

Ordonnance du 6 avril 2016

39-08-015-01

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 11 et 29 mars 2016, l'association Soliha Finistère, représentée par Me Palmier, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre à la communauté de communes du Pays Bigouden Sud de lui communiquer les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue sous un délai de 15 jours à compter de la notification de l'ordonnance à intervenir sous astreinte de 500 euros par jour de retard ;

2°) de suspendre la procédure de passation litigieuse pour un délai expirant 15 jours après la date à laquelle il aura été procédé à cette communication ;

3°) d'annuler la décision de rejet de son offre à la procédure du marché public contesté ;

4°) subsidiairement, d'annuler la procédure de passation du marché contesté, ainsi que l'exécution de toute décision qui s'y rapporte, au stade de l'analyse des candidatures et la reprendre dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence applicables et d'enjoindre à la communauté de communes du Pays Bigouden Sud, si elle entend conclure un marché ayant le même objet, de recommencer une nouvelle procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

5°) de mettre à la charge de la communauté de communes du Pays Bigouden Sud la somme de 4 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'article 83 du code des marchés public est méconnu. Malgré une demande en ce sens adressée le 2 mars 2016 à la communauté de communes, elle n'a pas obtenu le détail des informations quant aux motifs de rejet de son offre.

- la communauté de communes ne justifie pas que le candidat retenu satisfait aux exigences posées par les articles 46 du code des marchés publics et 5.1 du règlement de consultation.

- en attribuant le marché à un candidat ayant participé à la rédaction du cahier des charges, la communauté de communes a méconnu l'article 52 du code des marchés publics et le principe d'égalité de traitement des candidats. En l'espèce, l'étude pré-opérationnelle sur la base de laquelle le marché en litige a été réalisée par la société Citémétrie, qui disposait donc d'un avantage substantiel sur les autres candidats. Les documents communiqués par le pouvoir adjudicateur démontrent que la convention d'opération programmée d'amélioration de l'habitat (OPAH), qui ne transcrivait que les « orientations » de l'étude pré-opérationnelle, ne comportait pas un niveau de détail équivalent à celui de l'étude et passait sous silence de nombreuses informations, dont certaines étaient particulièrement structurantes. Ainsi, la première et la cinquième partie de l'étude pré-opérationnelle sont constituées d'un diagnostic chiffré extrêmement précis de la situation locale dont la connaissance est nécessaire pour permettre aux candidats d'organiser une équipe dédiée et d'optimiser le déroulement de la mission. Les deuxième et troisième parties sont constituées de plans particulièrement précis de la localisation des principales actions à mener, commune par commune, informations ne figurant pas dans la convention OPAH. La connaissance de ces informations permet d'optimiser l'organisation interne du candidat en matière de nombre de déplacement, de visites, d'organisation des lieux de permanence. La communication de l'étude pré-opérationnelle était en l'espèce d'autant plus importante qu'elle aurait révélé une particularité de la mission liée à l'importance accordée à la mise en œuvre de mission d'auto-réhabilitations, rendant sa communication absolument nécessaire. A cet égard, il convient de rappeler que bien que ce type d'intervention soit régulièrement mentionné dans les cahiers des charges, les missions d'auto-réhabilitation ne donnent que très rarement lieu, en pratique à des actions et ne représentent donc qu'environ deux opérations par an sur mille. Dans ce contexte, si l'association requérante a effectivement répondu au besoin formulé par le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) en matière d'auto-réhabilitation, elle n'a décrit que succinctement sa méthodologie, laquelle était déjà décrite dans le cahier des charges. Pourtant, il ressortait de l'étude pré-opérationnelle (quatrième partie) que ce type de mission devait avoir une place très importante dans l'exécution du marché litigieux, et partant, dans le cadre de l'analyse des offres. A cet égard, il convient de préciser que l'offre de la requérante a précisément été dégradée d'un demi-point au motif que « l'offre de Citémétrie (4.5/5 propose une animation en matière d'auto-réhabilitation accompagnée qui n'est pas abordée dans votre offre (4/5). » Une telle absence a donc clairement exercé une influence sur l'offre de la requérante. Enfin, la société Citémétrie a pu, dans le cadre de la réalisation de l'étude pré-opérationnelle, nouer des contacts avec des partenaires et acquérir une connaissance du projet et des besoins de la communauté de communes avec qui elle a pu prendre des habitudes de travail lui permettant, alors même que le CCTP ne comportait pas d'orientation en ce sens, proposer une organisation du travail répondant plus aux besoins du pouvoir adjudicateur. De la même manière, s'agissant de la question de la « qualité et pertinence des outils d'analyse et de restitution » et à défaut d'information précise dans le cahier des charges, la requérante a formulé des propositions de base détaillant un schéma de principe et quelques illustrations des bases pouvant être partagées. Ces propositions ont été considérées comme moins adaptées que celles proposées par la société attributaire, qui a pu, lors des différents échanges qui ont pu avoir lieu tout au long de cette phase pré-opérationnelle avec les services des deux collectivités du groupement, être en mesure de qualifier assez précisément, les attentes réelles dans ce domaine. La société Citémétrie disposait donc d'un avantage lié à la circonstance qu'elle a nécessairement

influencé les conditions du marché litigieux, puisque c'est directement l'étude pré-opérationnelle qui définit le cadre opérationnel de ce marché et lié à la connaissance du contenu de l'étude pré-opérationnelle, qui n'a pas été communiquée aux candidats et à une connaissance liée aux informations acquises lors de la réalisation de cette étude.

- l'ensemble de ces irrégularités la lèse d'autant qu'elle a été classée deuxième en raison d'une notation moindre sur le critère technique.
- la procédure devra est annulée au stade de l'analyse des candidatures.

Par un mémoire en défense, enregistré le 25 mars 2016, la communauté de communes du Pays Bigouden Sud, représentée par la société d'avocats Valadou-Josselin & Associés, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de l'association Soliha Finistère la somme de 2 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable : les conclusions sont confuses et imprécises.
- l'association ne peut justifier d'aucun intérêt lésé dans la mesure où son offre était irrégulière puisqu'elle n'a formulé aucune proposition concernant l'animation à prévoir dans le cadre de la mission d'auto-réhabilitation figurant à l'article 3.3.3 du CCTP.
- elle a répondu le 10 mars à la demande d'information de l'association requérante sur les motifs du rejet de son offre, dans le respect de l'article 83 du code des marchés publics.
- la société retenue a fourni l'intégralité des attestations exigées par l'article 46 du code des marchés publics.
- une société peut soumissionner à un marché public alors même qu'elle aurait participé à des travaux préparatoires en lien avec ce marché. En l'espèce, la société Citémétrie n'a pas participé à l'élaboration du dossier de consultation des entreprises relatif au marché contesté. Elle était chargée de réaliser une étude pré-opérationnelle en vue d'une OPAH, elle-même préalable à la rédaction d'une convention partenariale jointe au dossier de consultation des entreprises du marché contesté. Ainsi, sa mission n'avait pas d'effet direct sur le marché et partant, la société Citémétrie ne disposait pas d'informations qui l'auraient avantagée. Tous les éléments de diagnostic, les objectifs quantitatifs et qualitatifs, les partenariats souhaités et le dispositif d'aides financières développés dans l'étude pré-opérationnelle sont traduits dans la convention partenariale communiquée à l'ensemble des candidats. L'absence de communication de l'étude pré-opérationnelle ne contredit pas le principe d'égalité de traitement des candidats. Les conclusions de l'étude sont retranscrites dans le CCTP. La société Citémétrie a remis une offre dont les avantages et performances techniques ne sont pas liés à la mission qu'elle a réalisée au titre de l'étude pré-opérationnelle. La communication de cette étude ne présentait aucune utilité et n'aurait pas permis à l'association requérante de remettre une offre plus performante dès lors que toutes les différences de notation portent sur des points abordés dans le CCTP.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Tronel, premier conseiller, 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 29 mars 2016 :

- le rapport de M. Tronel, juge des référés.
- Me d'Alboy, représentant l'association Soliha Finistère, qui conclut aux mêmes fins que la requête, par les mêmes moyens qu'il expose oralement.
- Me Logéat, représentant la communauté de communes du Pays Bigouden Sud, qui conclut au rejet de la requête en reprenant les arguments développés dans les écritures en défense.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Sur la recevabilité des conclusions de l'association Soliha Finistère :

1. Considérant que les conclusions susvisées de l'association requérante sont suffisamment précises ; que par suite, la communauté de communes du Pays Bigouden n'est pas fondée à soutenir que la requête ne répondrait pas aux prescriptions de l'article R. 411-1 du code de justice administrative aux termes duquel « (...) *la requête contient l'énoncé des conclusions (...)* » ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

2. Considérant qu'aux termes de cet article : « *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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.* » ; qu'aux termes du I 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.* » ;

En ce qui concerne l'existence d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence :

3. Considérant qu'il résulte de l'étude pré-opérationnelle réalisée par la société Citémétrie, attributaire du marché en litige, que les immeubles en auto-réhabilitation représentent une part significative du suivi animation de l'OPAH du Pays bigouden ; que l'importance opérationnelle particulière donnée à ce type d'intervention par la communauté de communes du pays Bigouden Sud ne ressort ni de l'article 3.3.3 du CCTP, ni des conclusions de l'étude pré-opérationnelle rappelées au point 1.3 dudit CCTP, ni d'aucune autre pièce du marché ; que parmi les motifs figurant dans la lettre d'information du 25 février 2016 adressée aux candidats évincés et ayant conduit à retenir la candidature de la société Citémétrie, il est indiqué que cette société répond plus précisément aux attentes du pouvoir adjudicateur, notamment en ce qui concerne l'animation en matière d'auto-réhabilitation accompagnée ; qu'il résulte de ce qui précède que la société Citémétrie disposait d'informations susceptibles de l'avoir avantagée par rapport aux autres candidats ; qu'en ne communiquant pas à ces derniers l'étude pré-opérationnelle, alors surtout que l'association requérante en avait fait la demande en cours de procédure, le pouvoir adjudicateur n'a pas remédié à l'asymétrie d'information existant entre les candidats et a méconnu le principe d'égalité de traitement entre les candidats et ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

En ce qui concerne l'existence d'une lésion :

4. Considérant qu'aux termes du III de l'article 53 du code des marchés publics : « *Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue.* » ; qu'aux termes du 1° du I de l'article 35 du même code : « *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.* » ; que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur est tenu d'écarter sans l'examiner ni la classer l'offre qui est irrégulière, inappropriée ou inacceptable et ne peut, en conséquence, inviter un candidat à la régulariser ; qu'alors même qu'il aurait procédé à son examen et à son classement, il peut se prévaloir du caractère irrégulier, inapproprié ou inacceptable de l'offre présentée par l'auteur du référé pour soutenir, devant le juge du référé précontractuel, que celui-ci n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il invoque ;

5. Considérant qu'en l'espèce, l'association requérante a indiqué dans la note méthodologique jointe à son offre qu'elle accompagnera les ménages en proposant un appui technique lors des projets d'auto-réhabilitation en précisant les partenaires susceptibles d'être sollicités (Espace Info Energie, Compagnons Bâisseurs, ARS) ; que par suite, la communauté de communes du Pays Bigouden Sud n'est pas fondée à soutenir que pour ce motif, l'association requérante ne justifierait d'aucun intérêt lésé au motif que son offre serait irrégulière au sens du III de l'article 53 du code des marchés publics, faute de ne présenter aucune proposition concernant l'animation des opérations d'auto-réhabilitation ;

6. Considérant qu'eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, le manquement commis par la communauté de communes est susceptible d'avoir lésé l'association Soliha Finistère en avantageant la société Citémétrie ;

7. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la procédure de passation du marché lancée par le groupement de commandes composé de la communauté de communes du Haut Pays Bigouden et de la communauté de communes du Pays Bigouden Sud sous forme d'un

appel d'offres ouvert et ayant pour objet le suivi et l'animation de l'OPAH du Pays bigouden est annulée ; qu'il est enjoint à la communauté de communes du Pays Bigouden Sud, si elle entend conclure un marché ayant le même objet, de recommencer une nouvelle procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que, par voie de conséquence, il n'y a pas lieu de faire droit aux autres conclusions de l'association requérante tendant à la communication sous astreinte des caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue et à l'annulation de la procédure de passation du marché contesté au stade de l'analyse des candidatures ;

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

8. Considérant que les dispositions de cet article font obstacle à ce que soient mises à la charge de l'association Soliha, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que la communauté de communes du Pays Bigouden Sud demande sur ce fondement ; qu'en revanche, il y a lieu, au titre de ces dispositions, de mettre à la charge de la communauté de communes la somme de 1 500 euros ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La procédure de passation du marché lancée par le groupement de commandes composé de la communauté de communes du Haut Pays Bigouden et de la communauté de communes du Pays Bigouden Sud ayant pour objet le suivi et l'animation de l'OPAH du Pays bigouden est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la communauté de communes du Pays Bigouden Sud, si elle entend conclure un marché ayant le même objet, de recommencer une nouvelle procédure de passation en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête est rejeté.

Article 4 : La communauté de communes du Pays Bigouden Sud versera à l'association Soliha Finistère la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à l'association Soliha Finistère, à la communauté de communes du Pays Bigouden Sud et à la société Citémétrie.

Fait à Rennes, le 6 avril 2016.

Le juge des référés,

La greffière d'audience,

signé

signé

N. Tronel

A. Gauthier

La République mande et ordonne au préfet du Finistère 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.