

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE ROUEN**

N°1503373

SOCIETE SNN

**Mme Anne Gaillard
Juge des référés**

Ordonnance du 16 novembre 2015

PCJA : 39-08-015-02

Code publication : C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Rouen,

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 23 octobre 2015 et un mémoire enregistré le 11 novembre 2015, la société SNN, représentée par Me Bejot, demande au juge des référés, dans le dernier état de ses écritures :

1°) sur le fondement des articles L 551-13 et L 551-18 du code de justice administrative, d'annuler le contrat de « transport, traitement, valorisation et commercialisation de mâchefers produits par l'Unité de Valorisation Energétique d'ECOVAL à Guichainville » conclu entre le SETOM de l'Eure et la société Matériaux Baie de Seine ;

2°) de mettre à la charge du SETOM de l'Eure la somme de 5000 euros sur le fondement de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient :

- qu'elle forme, à titre principal, un référé précontractuel à l'appui duquel elle fait valoir que :
 - les critères « caractéristiques opérationnelles » et « performances en matière de protection de l'environnement » sont trop imprécis, ce qui, d'une part, ne permet pas de garantir une comparabilité objective des offres, d'autre part, confère au pouvoir adjudicateur un pouvoir d'appréciation quasi arbitraire dans l'analyse comparative des offres ;
 - le pouvoir adjudicateur a mis en œuvre, s'agissant des critères « caractéristiques opérationnelles » et « performances en matière de protection de l'environnement » des éléments d'appréciation non annoncés dans les documents de la consultation, que la formulation imprécise des critères ne permettait pas d'appréhender et qui se sont révélés déterminants dans le choix de l'offre de l'attributaire ;

- pour juger les « caractéristiques opérationnelles » des offres, le SETOM a tenu compte des coûts supportés par lui de prise en charge des mâchefers non valorisables et favorisé l'offre de l'attributaire qui proposait cette prise en charge sans surcoût pour le SETOM ; ce critère est contraire aux dispositions du règlement de la consultation lesquelles prévoyaient que le SETOM supporterait les coûts de prise en charge des mâchefers non valorisables et qu'aucune variante n'était autorisée ;
 - pour juger les « caractéristiques opérationnelles » des offres, le SETOM a pris en considération « le process » sans aucunement justifier le contenu de ce nouveau critère et, alors qu'elle avait exposé son offre de manière particulièrement détaillée, a estimé à tort que son process n'était pas opérationnel ;
 - pour juger les « caractéristiques opérationnelles » des offres, le SETOM a départagé les offres au vu d'éléments de conformité, ce qui est rigoureusement sanctionné par la jurisprudence ;
 - pour départager les offres sur les « performances en matière de protection de l'environnement », le SETOM s'est exclusivement attaché à l'éloignement alors qu'un tel élément n'est pas assimilable à ce que recouvrent, en cette matière, les performances attendues des candidats ;
 - ces irrégularités sont susceptibles de l'avoir lésée car son offre était classée en seconde position et séparée de seulement 2,24 points de celle de sa concurrente ;
- à titre subsidiaire, qu'elle forme un référé contractuel, à l'appui duquel elle fait valoir que :
- elle est recevable à former de telles conclusions à titre subsidiaire ;
 - le juge devra prononcer la nullité du marché car le SETOM ne l'a pas informée du délai de suspension de signature du marché qu'il s'imposait la privant par là même de pouvoir exercer un référé précontractuel et car elle a déjà démontré que le SETOM avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans des conditions affectant ses chances d'obtenir le contrat ;
 - sa candidature et son offre étaient parfaitement régulières dès lors que le signataire du DC1 et du premier acte d'engagement était habilité pour le faire et qu'au demeurant il a été jugé que le pouvoir adjudicateur ne peut se prévaloir pour la première fois en référé précontractuel d'une irrégularité afférente à la capacité juridique du signataire du dossier de candidature ;
 - le Conseil d'Etat rappelle de manière invariable que le pouvoir adjudicateur doit, au-delà de l'intitulé même des critères, renseigner les candidats sur les modalités de mise en œuvre de ceux-ci ;
 - les candidats n'ont aucune obligation d'interroger l'administration sur d'éventuelles irrégularités pour faire état d'un intérêt lésé ;
 - un élément d'appréciation doit être qualifié de véritable critère non seulement en raison de l'importance particulière qui lui est accordée dans la pondération mais aussi lorsque l'élément d'appréciation présente, par nature, la qualité d'un véritable critère ;
 - le SETOM ne démontre pas que les éléments d'appréciation déterminants dans le choix des offres tels qu'ils ressortent de la lecture du rapport d'analyse des offres se rapportent aux dispositions mêmes du marché ;
 - le fait pour un candidat d'avoir obtenu la note maximale à un critère ne constitue une absence de lésion que dans le cas où il est seul à avoir obtenu une telle note ;
 - le SETOM dénature le rapport d'analyse des offres sur la question de la prise ou non prise en charge des surcoûts des mâchefers non valorisables ;

- s'agissant de l'éloignement, on peut se demander pourquoi le SETOM n'a pas immédiatement qualifié son critère d'éloignement du site ; au demeurant, les offres ont été dénaturées sur ce point car son site est situé à 115 km et celui de l'attributaire à 119 km ;
- le SETOM a dénaturé son offre lors de l'examen du critère des caractéristiques opérationnelles.

Par des mémoires en défense enregistrés le 4 novembre 2015 et le 12 novembre 2015, le syndicat mixte pour l'étude et le traitement des ordures ménagères de l'Eure (SETOM), représenté par Me Pintat, demande au juge des référés :

- de rejeter la requête ;
- de mettre, outre les entiers dépens de l'instance, la somme de 5000 euros à la charge de la société SNN.

Il soutient que :

- le référé précontractuel est irrecevable, le marché ayant été signé antérieurement à l'enregistrement de la requête ;
- le référé contractuel est mal fondé, dès lors que :
 - A titre principal, la requérante n'avait aucune chance d'obtenir le contrat car sa candidature et son offre auraient dû être écartées en cours de procédure faute d'avoir été signées par une personne dûment mandatée ou habilitée à engager la société ; le pouvoir fourni non à l'appui du dossier d'offre mais en cours d'instance n'est pas susceptible de régulariser l'offre ;
 - A titre subsidiaire, la procédure était régulière car : les critères de sélection des offres ne sont pas imprécis étant la reprise de l'intitulé de critères figurant à l'article 53 du code des marchés publics et au demeurant la requérante dont l'offre a été déclarée conforme et qui n'a pas posé la moindre question en cours de procédure n'est pas susceptible d'avoir été lésée ; les éléments d'appréciation non annoncés dans la procédure n'avaient pas à l'être car ils n'étaient ni pondérés ni hiérarchisés et se rapportaient directement aux dispositions mêmes du marché et aux prestations attendues du titulaire ; s'agissant des caractéristiques opérationnelles, l'arrêté préfectoral est prévu à l'article 4 de l'annexe 1, il ne s'est pas borné à vérifier la présence de cet arrêté dans le dossier mais son contenu et les prescriptions qui y figurent pour le site traitant et valorisant les mâchefers, et la requérante a obtenu la note maximale sur ce point ; sur le process, il ne peut lui être reproché d'évaluer le process proposé par les candidats à un marché dont c'est précisément l'objet, il n'a pas été en mesure d'apprécier les caractéristiques opérationnelles du site proposé par la requérante pour traiter les mâchefers et, en outre, elle s'est prévaluée de l'appui de sociétés tierces sans fournir aucune pièce relative à elles en méconnaissance des dispositions du règlement de la consultation ; que, s'agissant de la prise en charge des mâchefers non valorisables, la société MBS n'a pas présenté de variante mais présenté un process qui permet que des mâchefers non valorisables dans l'offre de la société SNN le soient dans la sienne ; le marché comportant une importante prestation de transport, il était parfaitement fondé à apprécier le critère de performances en matière de protection de l'environnement par référence à la distance à parcourir et, en tout état de cause, la requérante a obtenu la note maximale sur ce critère ;
 - Il n'a pas dénaturé l'offre dans la mesure où elle ne comportait aucun engagement

précis et fiable sur les caractéristiques opérationnelles de la réalisation des prestations du marché ; il aurait même pu la rejeter comme incomplète au regard des exigences de l'article 5-1 du règlement de la consultation ;

Par un mémoire enregistré le 12 novembre 2015, la société Matériaux Baie de Seine, représentée par Me Labetoule, demande au juge des référés de rejeter la requête et de mettre la somme de 3000 euros à la charge de la société SNN sur le fondement de l'article L 761-1 du code de justice administrative .

Elle soutient que :

- les conclusions au titre du référé précontractuel sont irrecevables, le marché ayant été signé préalablement à l'introduction de la requête ;
- les conclusions au titre du référé contractuel doivent également être rejetées, dès lors que :
 - l'offre déposée initialement par la requérante était irrégulière faute d'avoir été signée par une personne régulièrement habilitée à cet effet, de sorte qu'elle n'avait aucune chance d'obtenir le marché ;
 - le critère relatif aux caractéristiques opérationnelles était suffisamment précis, les candidats disposant d'informations suffisantes pour préparer leur offre eu égard au contenu de l'annexe 1 du CCP ; la requérante, professionnelle du secteur, n'a pas posé la moindre question ;
 - le critère relatif à la performance en matière de protection de l'environnement était suffisamment précis et la requérante n'a en tout état de cause pas été lésée, ayant obtenu la note maximale ;
 - s'agissant de l'arrêté préfectoral, la détention des autorisations nécessaires à l'exercice d'une activité peut constituer un élément d'appréciation de la valeur technique d'une offre ;
 - il est particulièrement logique et prévisible de juger le critère tenant aux caractéristiques opérationnelles à partir du process ;
 - elle n'a pas présenté de variante mais a pu démontrer, dans son mémoire technique, qu'elle était en capacité de supprimer l'éventualité de mâchefers non valorisables ;
 - la prise en compte de l'éloignement est classique dans le cadre de l'analyse des performances en matière de protection de l'environnement ; la requérante n'a en tout état de cause pas été lésée, ayant obtenu la note maximale .

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné Mme Gaillard, vice-présidente, comme juge des référés par décision en date du 2 septembre 2013.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 13 novembre 2015:

- le rapport de Mme Gaillard,
- les premières observations de Me Bejot, de Me Pintat et de Me Labetoule,
- les nouvelles observations de Me Bejot, de Me Pintat et de Me Labetoule,
- les ultimes observations de Me Bejot, puis de Me Pintat, puis de Me Bejot.

L'instruction a été close à l'issue de l'audience à 11 heures 45.

1. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le syndicat mixte pour l'étude et le traitement des ordures ménagères (SETOM) de l'Eure a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de conclure un marché portant sur le transport, le traitement, la valorisation et la commercialisation de mâchefers produits par l'unité de valorisation énergétique d'ECOVAL à Guichainville ; que la société SNN a été informée, par notification du 8 septembre 2015, que son offre n'avait pas été retenue et que l'attributaire du marché serait la société Matériaux Baie de Seine ; que le marché ayant été signé le 28 septembre 2015, soit antérieurement à l'introduction de la présente requête, la société SNN, dont les conclusions en référé précontractuel sont, par suite, irrecevables, ne demande plus, dans le dernier état de ses écritures, que l'annulation, sur le fondement des articles L 551-13 et L 551-18 du code de justice administrative, du contrat portant sur le transport, le traitement, la valorisation et la commercialisation de mâchefers conclu entre le SETOM de l'Eure et la société Matériaux Baie de Seine ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L 551-13 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* » et qu'aux termes de l'article L 551-18 du même code : « (...) *Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat* » ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que la notification du 8 septembre 2015 n'a pas mentionné le délai de suspension que le SETOM de l'Eure s'imposait avant la conclusion du marché ; que la société SNN était, de ce fait, dans l'ignorance de la signature du marché lorsqu'elle a introduit la présente requête ; que cette signature l'a privée de la possibilité de présenter utilement un référé précontractuel ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte de l'annexe 1 du cahier des clauses particulières du marché, laquelle fait partie des documents de la consultation, que le coût de transport et d'enfouissement des mâchefers non valorisables est à la charge du SETOM de l'Eure, le titulaire du marché n'assurant pour sa part que la prise en charge du chargement desdits mâchefers ; qu'il ressort du rapport d'analyse des offres que celle présentée par la société SNN répondait à cette prescription ; qu'il en ressort, en revanche, que l'offre présentée par la société Matériaux Baie de Seine assure la « prise en charge sans surcoût d'éventuels lots de mâchefers non valorisables », ce

qui signifie normalement, ainsi que le soutient la société requérante, que ce candidat ou une société qui lui serait liée prend en charge l'ensemble des coûts, et notamment le transport et l'enfouissement, des mâchefers non valorisables ; que, si tant le SETOM de l'Eure que la société Matériaux Baie de Seine ont soutenu que le rapport d'analyse des offres était affecté d'une maladresse de rédaction et qu'il fallait, en fait, comprendre que, en raison notamment des méthodes de traitement utilisées, cette société était en mesure de supprimer l'éventualité de mâchefers non valorisables, aucune pièce versée aux débats ne permet d'étayer cette affirmation, la société Matériaux Baie de Seine ayant notamment exclu, lors des débats oraux, de produire son offre si elle devait être communiquée à la société requérante ; qu'en l'état de l'instruction, le SETOM de l'Eure doit donc être regardé comme ayant retenu une offre comportant une variante alors que le règlement de la consultation n'autorisait la présentation d'aucune variante, c'est-à-dire comme ayant retenu une offre irrégulière, méconnaissant ainsi ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

5. Considérant, cependant, que le SETOM de l'Eure et la société Matériaux Baie de Seine soutiennent qu'aucun éventuel manquement à des obligations de publicité et de mise en concurrence n'est susceptible d'avoir affecté les chances de la société SNN d'obtenir le contrat, dès lors que, sa lettre de candidature et son acte d'engagement ayant été signés par une personne qui n'était pas mandatée ou habilitée à engager la société, M. Erwan Nedelec, sa proposition aurait dû être écartée ; qu'il résulte de l'instruction que M. Nedelec avait effectivement reçu un pouvoir spécial, à une date antérieure à celle à laquelle il a signé la lettre de candidature et l'acte d'engagement, pour signer l'ensemble des « pièces liées au marché intitulé Transports et traitements des mâchefers au départ d'ECOVAL », mais que cette pièce ne figurait pas dans le dossier remis au pouvoir adjudicateur ;

6. Considérant que les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en application de l'article 52 du code des marchés publics, demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier ; qu'à supposer que le SETOM de l'Eure ait douté de la capacité juridique du signataire du dossier de candidature de la société SNN lorsqu'il a examiné son dossier, il lui était loisible soit de rejeter cette candidature, soit, en application des dispositions de l'article 52 du code des marchés publics, de solliciter une régularisation sur ce point ; qu'ainsi, à défaut d'avoir rejeté comme irrecevable la candidature de la société SNN au motif qu'elle était signée par M. Nedelec, le SETOM de l'Eure ne saurait utilement se prévaloir, devant le juge des référés, de ce que M. Nedelec n'était pas habilité à signer la déclaration de candidature, ni même l'acte d'engagement, pour soutenir qu'aucun éventuel manquement à des obligations de publicité et de mise en concurrence n'est susceptible d'avoir affecté les chances de la société SNN d'obtenir le contrat ;

7. Considérant, en définitive, que le SETOM de l'Eure a commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en retenant une offre irrégulière ; que ce seul manquement a nécessairement affecté, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur l'ensemble des manquements allégués, les chances de la société SNN d'obtenir le contrat dès lors que seules les sociétés SNN et Matériaux Baie de Seine avaient présenté une offre, que le prix proposé par la société SNN était plus avantageux que celui proposé par l'offre retenue, que, comme dit au point 6, le SETOM de l'Eure et la société attributaire ne peuvent valablement soutenir que la candidature de la société SNN devait être écartée, que le SETOM ne soutient pas non plus, même s'il évoque l'absence de précision sur la répartition des prestations entre la société SNN et son sous-traitant Maprosol, que l'offre que présentait la requérante ne pouvait qu'être écartée comme irrégulière, ce que d'ailleurs il n'a pas fait, et qu'il ne résulte pas de l'instruction que ladite offre ne pouvait

effectivement qu'être écartée comme irrégulière, inappropriée ou inacceptable ; qu'il suit de là que la société SNN est, par suite, fondée à demander l'annulation du contrat portant sur le transport, le traitement, la valorisation et la commercialisation de mâchefers conclu entre le SETOM de l'Eure et la société Matériaux Baie de Seine sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifiant le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation prévues par l'article L. 551-19 du même code ;

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

8. Considérant, en premier lieu, que la présente instance n'ayant comporté aucun dépens au sens de l'article R 761-1 du code de justice administrative, les conclusions du SETOM de l'Eure tendant à ce que les dépens soient mis à la charge de la société SNN ne peuvent, en tout état de cause, qu'être rejetées ;

9. Considérant, en deuxième lieu, que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société SNN, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que le SETOM de l'Eure et la société Matériaux Baie de Seine demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;

10. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du SETOM de l'Eure une somme de 1000 euros au titre des frais exposés par la société SNN et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1er : Le contrat portant sur le transport, le traitement, la valorisation et la commercialisation de mâchefers conclu entre le SETOM de l'Eure et la société Matériaux Baie de Seine est annulé.

Article 2 : Le SETOM de l'Eure versera à la société SNN une somme de 1000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions du SETOM de l'Eure tendant à ce que les dépens soient mis à la charge de la société SNN sont rejetées, de même que les conclusions du SETOM de l'Eure et de la société Matériaux Baie de Seine présentées sur le fondement de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société SNN, au SETOM de l'Eure et à la société Matériaux Baie de Seine.

Fait à Rouen, le 16 novembre 2015.

Le juge des référés,

Le greffier

A. Gaillard

S. Girard