

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE**

N° 2106173

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**SOCIETE EIFFAGE CONSTRUCTION
MIDI-PYRENEES**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Fabien
Juge des référés

La juge des référés

Ordonnance du 10 novembre 2021

39-08-015

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 22 octobre 2021 et un mémoire en réplique enregistré le 3 novembre 2021, la société Eiffage Construction Midi Pyrénées, représentée par Me Carenzi et Me Tenailleau, demande au juge des référés sur le fondement de l'article L. 551-1 et suivants du code de justice administrative :

1°) à titre principal, d'annuler la procédure d'attribution du marché public global de performance de réhabilitation, reconstruction, exploitation et maintenance du site Lemaesquier ;

2) à titre subsidiaire d'enjoindre à l'administration de communiquer le rapport d'analyse des offres et le procès-verbal du jury et, à tout le moins, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que les motifs détaillés au regard de l'ensemble des critères et sous-critères l'ayant conduite à retenir celle-ci et de suspendre la signature du marché pendant un délai de 3 semaines à compter de la communication de ces éléments ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient :

- en 1^{er} lieu que la procédure est irrégulière faute d'informations sur les caractéristiques et avantages de l'offre retenue et les motifs de ce choix, l'acheteur ne pouvant se borner à indiquer les notes émises au regard de chaque critère et sous-critère ;

- en 2^{ème} lieu, que l'offre retenue pour un montant global de plus de 83,07 millions d'euros TTC est irrégulière car ne respectant pas l'objectif de budget limité à 75, 24 millions d'euros TTC ;

- en 3^{ème} lieu que les sous critères du critère n° 3 étaient trop imprécis en regroupant des items de nature très différente constituant en réalité des sous-sous-critères qui auraient dû être précisés et qui ont obligatoirement fait l'objet d'une pondération sans que celle-ci ait été portée à la connaissance des candidats, ceci ayant exercé une influence déterminante sur l'attribution du marché puisque le rejet de son offre, devancée de seulement 0,082 point sur 100 par l'attributaire, est

imputable à la note très inférieure qu'elle a obtenue au titre du critère 3 ;

- en 4^{ème} lieu, que les critères de jugement des offres étaient en inadéquation avec l'objet du marché portant notamment sur la reconstruction et la réhabilitation d'un bâtiment ayant reçu le label Patrimoine du XXe siècle, aucun des sous-critères du critère 3 de « qualité de la réponse architecturale, fonctionnelle, technique et de conduite du projet » ne permettant de prendre en considération la qualité architecturale du projet devant pourtant être soumis à l'ABF ;

- en 5^{ème} lieu, que la méthode de notation adoptée aboutit à neutraliser la notion d'offre économiquement la plus avantageuse et le critère n° 1 du coût sur lequel aucune précision n'est en outre apportée alors que le montant de l'offre de la requérante était inférieur de 1,8 millions d'euros à celui de l'offre retenue ;

- en 6^{ème} lieu, que son offre a été dénaturée dès lors qu'elle a obtenu une note de 3,139 / 7,5, inférieure à la moyenne, en ce qui concerne la réponse aux besoins fonctionnels alors que les échanges avec l'Etat sur ce point n'ont fait apparaître aucune difficulté particulière.

Par deux mémoires enregistrés le 29 octobre 2021 et le 5 novembre 2021, l'Etat- Secrétariat Général des Ministères de l'Economie, des Finances et de la Relance- représenté par Me Couette, conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui verser une somme de 3 000 euros en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il soutient :

- en 1^{er} lieu, que le moyen tiré de l'absence d'information suffisante n'est pas fondé en reprenant notamment les termes de sa réponse à la demande de la société requérante de communication des motifs de rejet de son offre faisant état des notations obtenues respectivement par la requérante et par la société attributaire au titre de chacun des critères et sous-critères ;

- en 2^{ème} lieu, que l'offre retenue n'était pas irrégulière dans la mesure où le montant maximum estimé ne concernait que la partie conception-réalisation hors exploitation maintenance et hors restaurant inter-administrations ;

- en 3^{ème} lieu, que chacun des items du sous-critère 3 a fait l'objet d'une appréciation « équipondérée » de sorte qu'il ne constitue nullement un sous-sous-critère dont la pondération aurait dû être annoncée ainsi que cela ressort du barème de notation utilisé par le jury et de la note du pouvoir adjudicateur relative aux modalités d'application du barème, les éléments programmatiques déclinés dans le barème ayant d'ailleurs fait l'objet d'échanges approfondis avec les soumissionnaires comme l'illustre le courrier adressé à Eiffage le 27 mai 2021 ;

- en 4^{ème} lieu, la qualité architecturale du projet n'avait pas à être obligatoirement appréciée et a, en tout état de cause, fait l'objet d'une appréciation en figurant bien dans le sous-critère 1 de réponse aux besoins fonctionnels tels que décrits dans le tome 1 du programme décrivant les objectifs en termes d'insertion dans le site ainsi que les contraintes et limites posées par l'ABF ;

- en 5^{ème} lieu, le moyen tiré de l'insuffisance de discrimination des offres sur le prix n'est pas fondé alors qu'a été utilisée la méthode de notation la plus classique et alors que les prix proposés par les candidats sont très proches, une différence de 1,8 millions d'euros ne représentant que 2,17 % du montant des offres ;

- en 6^{ème} lieu, le projet d'Eiffage a été jugé insatisfaisant s'agissant de l'ergonomie des espaces de travail, appréciation portée par la commission technique et reprise par le jury, la phase de négociation ayant bien mis en évidence des problèmes à ce niveau.

Par un mémoire enregistré le 8 novembre 2021, la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens en faisant valoir en outre :

- sur le 1^{er} point, que les raisons concrètes et précises ayant conduit à privilégier l'offre retenue pour 0,082 point sur 100 ne sont toujours pas explicités d'autant que les éléments communiqués sur le critère 3 sont tronqués et ne sont pas apportés pour les deux autres critères alors

notamment qu'elle a obtenu des notes faibles s'agissant de la performance immobilière et de la performance environnementale ;

- sur le 2^{ème} point, que l'Etat ne saurait se prévaloir du changement d'objectifs sur le montant du budget à respecter opéré lors de la seconde phase de dialogue alors que le règlement de consultation des offres finales, renvoyant à celui des offres initiales, prévoyait bien un budget maximal de 62,7 millions d'euros HT (75,24 TTC) « y compris les prestations supplémentaires éventuelles » ; sur ce 2^{ème} point, une observation de deux membres du jury conduit à relever une seconde irrégularité de l'offre retenue en ce que 28 postes de travail présentent une « inconformité » en termes de fonctionnalité ;

- sur le 3^{ème} point, que les sous-sous-critères occultes utilisés ne pouvaient pas ne pas être portés à la connaissance des candidats compte tenu de leur importance et alors que, contrairement à ce qui est soutenu en défense, ils n'ont pas fait l'objet d'une sous-pondération identique, les trois sous-sous-critères concernant le bâtiment numérique ayant donné lieu à trois notes sur 1,250 points, soit une note totale de 3,750, plus importante que les autres items ;

- sur le 4^{ème} point, qu'il n'était pas possible de comprendre que la qualité architecturale serait appréciée dans le cadre du sous-critère 3-1 relatif à la prise en compte des besoins fonctionnels décrits au tome 1 alors d'ailleurs que les exigences architecturales figuraient dans le tome 2, l'appréciation de la qualité architecturale, déterminante compte tenu de l'objet du marché, ne pouvant d'ailleurs donner lieu à une note de seulement 2,5 points sur 100 et le pouvoir adjudicateur n'ayant donc pas fixé des modalités pertinentes d'appréciation ;

- sur le 5^{ème} point, que l'Etat ne saurait soutenir que le nouveau plan qu'elle a remis à la fin de la phase de négociation aurait remis en cause des aménagements jugés satisfaisants alors que les bureaux sont strictement les mêmes en termes de surface et d'ergonomie, qu'il n'existe aucun écart en termes de typologie des bureaux contrairement à ce que mentionne le PV de la commission technique et alors que le nombre de places de parking requis a été parfaitement respecté contrairement à ce qu'ont estimé plusieurs membres du jury.

Elle ajoute que contrairement à ce que soutient l'Etat, il n'était pas tenu de suivre l'avis du jury et ce d'autant moins en l'espèce que les avis des membres du jury étaient très contrastés comme en témoignent les notes attribuées s'agissant des sous-sous-critères de pertinence de la fonctionnalité du projet et de qualité architecturale, certains lui ayant attribué à ce dernier titre une note limitée à 1/7 alors que la majorité, dont les deux architectes des services de l'Etat chargés de conseiller ce dernier, lui ont attribué la note maximale, l'Etat méconnaissant ainsi l'étendue de sa compétence et le rôle du jury qui est d'apporter au pouvoir adjudicateur un avis collégial averti en le mettant à même de porter sa propre appréciation de manière éclairée ce qui ne saurait résulter d'une simple moyenne des notation.

Par un mémoire enregistré le 8 novembre 2021, l'Etat - Secrétariat Général des Ministères de l'Economie, des Finances et de la Relance- conclut aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens en faisant valoir en outre :

- sur le 1^{er} point, qu'il lui est possible de communiquer au seul juge des référés l'ensemble des pièces, lesquelles présentent un caractère confidentiel ;

- sur le 2^{ème} point, que le processus de dialogue compétitif conduit le pouvoir adjudicateur à admettre certains écarts mentionnés par les candidats dans un tableau des écarts ;

- sur le 3^{ème} point, que les trois items utilisés pour le bâtiment numérique renvoient aux trois exigences figurant dans le programme et que les trois candidats ont obtenu une note identique à ce titre ;

- sur le 6^{ème} point, que les plans fournis dans l'offre finale d'Eiffage font apparaître des défauts de conformité non repris dans le tableau des écarts s'agissant du confort et de la typologie des bureaux et que son offre ne propose que 300 places de stationnement au lieu des 308 exigées.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné Mme Fabien, vice-présidente, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ayant été dument convoquées à l'audience du 8 novembre 2021.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, tenue en présence de Mme Tur, greffière d'audience :

- le rapport de Mme Fabien ;
- les observations de Me Carenzi pour la société Eiffage Construction Midi- Pyrénées tendant aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens en faisant valoir en outre qu'il ne peut être soutenu sérieusement que la qualité architecturale n'avait pas à être prise en considération ou à être primordiale dans un marché comportant une partie très importante de conception et de rénovation d'un bâtiment classé monument historique et que des erreurs matérielles grossières dans l'analyse de son offre ont bien été commises par des membres du jury puisque, notamment, elle a bien proposé le nombre de places de stationnement exigé de 308 (300 pour véhicules légers et 8 pour véhicules utilitaires au sein de la cour intérieure) ;
- et les observations de Me Couette pour l'Etat tendant aux mêmes fins que ses écritures par les mêmes moyens en faisant valoir notamment que le faible écart de notes s'explique par la mise en œuvre d'un dialogue compétitif qui aboutit à rapprocher l'ensemble des offres des candidats des attentes du pouvoir adjudicateur ; que le respect du programme n'est pas une condition de régularité des offres ; que la qualité architecturale, qui n'avait pas à être obligatoirement appréciée, l'a été néanmoins sans pouvoir être considérée comme primordiale dans un marché global de performances pour lequel doivent obligatoirement être évalués certains critères (coût, performances et recours aux PME) et alors que bien d'autres points devaient être aussi évalués compte tenu de l'objet du marché ; qu'il s'est agi de mettre en œuvre un barème de notation et non des sous-sous-critères de sélection.

L'instruction étant close à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». L'article L.551-2 dispose que : « *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 ». L'article L.551-10 prévoit que : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L.551-61 et L.551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué... ».

2. Il appartient au juge des référés, saisi en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 manière suffisamment vraisemblable de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

3. L'Etat - Ministère de l'Economie, des finances et de la Relance- a lancé une consultation en vue de la passation d'un marché public global de performance de reconstruction, réhabilitation, exploitation et maintenance du site Lemaresquier aux fins d'y implanter la nouvelle cité administrative de Toulouse. L'offre du groupement, ayant pour mandataire la société Bourdarios, a été sélectionnée, la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées, mandataire d'un des deux autres groupements d'entreprises sélectionnés, étant avertie du rejet le 14 octobre 2021 de son offre classée en deuxième position. Elle demande l'annulation de la procédure d'attribution de ce marché.

4. Aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique : « *Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution* ». L'article R. 2152-11 du même code dispose : « *Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation* ».

5. Il résulte des dispositions précitées que, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution. Le pouvoir adjudicateur est ainsi tenu d'informer dans les documents de consultation les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation. S'il décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. En revanche, il n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres lorsqu'il se borne à mettre en œuvre les critères annoncés.

6. En l'espèce, le règlement de consultation prévoit que le jugement des offres intervient sur les critères et sous-critères suivants : 1- Coût global pondéré à 40 % soit 40 points dont 1-1 Coût du contrat de conception réalisation pondéré à 85% soit 34 points et 1-2 Coût du contrat en phase d'exploitation-maintenance pondéré à 15 % soit 6 points - 2 : Engagements de performance pondérés à 35 % soit 35 points dont 2-1 : Performance énergétique pondérée à 50 % soit 17,5 points ; 2-2 Performance immobilière pondérée à 10 % soit 3,5 points : objectif de densification, respect du ratio d'occupation, performance du rendement du plan, modularité et évolutivité des espaces; 2-3

Performance environnementale pondérée à 20 % soit 7 points : pérennité des matériaux et équipements, sobriété carbone, chantier à faible impact environnemental ; 2-4 Performance qualité de service concernant l'exploitation maintenance (Programme tome 4) pondérée à 30 % soit 7,5 points - 3 Qualité de la réponse architecturale, fonctionnelle technique et de conduite du projet pondérée à 25 % soit 25 points dont : 3-1 Réponse aux besoins fonctionnels décrits au tome 1 pondérée à 30 % soit 7,5 points ; 3-2 Qualité technique du projet pondérée à 35 % soit 8,75 points : confort intérieur, pertinence des prestations d'exploitation maintenance, respect des exigences du programme Tome 5, bâtiment numérique ; 3-3 : Performances des délais de réalisation et cohérence de planification de l'opération (phases d'études et réalisation jusqu'à la fin des travaux) pondéré à 15 % soit 3,75 points ; 3-4 Organisation de l'équipe et pertinence des contrôles mis en place en phase conception/ construction/exploitation et maintenance/ suivi des performances/commissionnement et suivi PMV pondérée à 15 % pour 3,75 points ; 3-5 Part de l'exécution confiée à des petites et moyennes entreprises pondérée à 5 % pour 1,25 points.

7. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a mis en œuvre un barème de notation, qui a été distribué aux membres du jury mais qui n'a pas été porté à la connaissance des candidats, définissant notamment pour le sous-critère 3-1, dit de « Réponse aux besoins fonctionnels du projet décrits au tome 1 », noté sur 7,5 points, les éléments d'appréciation suivants : Insertion dans le site/ qualité architecturale pour 2,5 points (insertion dans le site et qualité architecturale de l'extension, impact avec le bâtiment existant, gestion des accès/cheminements/gestion des flux et espaces extérieurs) ; Pertinence de la fonctionnalité du projet pour 2,5 points (gestion globale/organisation générale/flux internes, connexions entre l'extension et le bâtiment existant), Analyse de la fonctionnalité des entités accueillies pour 2,5 points (y compris surface des locaux « dimensionnants »).

8. Les éléments d'appréciation du sous-critère 3-1 énoncés au point précédent étaient de nature à influencer la présentation de leurs offres par les candidats compte tenu de la pondération différenciée entre les éléments relevant de la qualité architecturale proprement dite, en particulier en termes d'insertion dans le site et d'impact sur le bâtiment Lemaresquier classé au patrimoine du XXème siècle, qui ont été notés sur un maximum de 2,5 points et ceux relevant de la qualité fonctionnelle, qui ont été notés sur 5 points, parmi lesquels figuraient notamment le respect des exigences en termes de nombre de postes de travail et de places de stationnement ou d'agencement des services et des espaces de travail. Ces éléments d'appréciation, distincts par leur nature et leur pondération respective, ne constituaient donc pas une simple méthode d'évaluation mettant en œuvre le sous-critère de sélection 3-1 énoncé dans le règlement de consultation mais étaient ainsi constitutifs eux-mêmes de critères de sélection qui auraient dû, avec leur pondération respective, être portés à la connaissance des candidats afin de leur permettre notamment de connaître l'importance respective accordée par le pouvoir adjudicateur à la qualité de la réponse architecturale et à la qualité de la réponse fonctionnelle. En s'abstenant de les porter à la connaissance des candidats, le pouvoir adjudicateur a méconnu la règle de transparence de la procédure. Cette irrégularité a été de nature à léser la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées dès lors qu'elle a obtenu au titre du sous-critère 3-1 une note de 3,139/7,5 inférieure de 0,472 point à la note de 3,611/7,5 attribuée au même titre à l'offre du groupement Bourdarios et que son offre a été classée en deuxième position avec une note globale de 76,843/100 inférieure de seulement 0,081 point à la note globale de 76,924/100 attribuée à l'offre du groupement Bourdarios.

9. Compte tenu du motif d'irrégularité retenu qui se rapporte à l'information des candidats sur les critères de sélection des offres, il y a lieu d'annuler l'ensemble de la procédure d'attribution du marché litigieux.

10. Dans les circonstances de l'affaire, il y a lieu de mettre à la charge de l'Etat - Ministère de l'économie, des finances et de la relance - le versement d'une somme de 1 500 euros à la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées.

O R D O N N E

Article 1^{er} : La procédure d'attribution du marché susvisé est annulée.

Article 2 : L'Etat versera une somme de 1 500 euros à la société Eiffage Construction en application de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Eiffage Construction Midi-Pyrénées, au ministre de l'économie, des finances et de la relance, au préfet de la Haute-Garonne et à la société Bourdarios.

Fait à Toulouse, le 10 novembre 2021.

La juge des référés,

La greffière,

Mme FABIEN

Mme TUR

La République mande et ordonne au ministre de l'économie et des finances, en ce qui le concerne et à tous huissiers de justice à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,
La greffière,