

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE**

N° 2000561

SARL 3AS

M. Truilhé
Juge des référés

Ordonnance du 25 février 2020

39-08-015-01
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés le 31 janvier et le 11 février 2020 à 8 h 19, la société à responsabilité limitée (SARL) 3AS, représentée par Me Perez-Van Der Lende, demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) l'annulation de la décision d'attribution du macro-lot n° 4 du marché engagé par le département de la Haute-Garonne au groupement d'entreprises « Roudie Peinture / Roudie SF / Techniceram » et de la décision de rejet de l'offre du groupement d'entreprises « 3AS / Cerm Sols / SLP » en date du 23 janvier 2020 ;

2°) l'injonction au département de la Haute-Garonne, s'il entend poursuivre le projet de marché, de reprendre la procédure en respectant ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

3°) la mise à la charge du département de la Haute-Garonne d'une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la procédure de passation est entachée d'une méconnaissance des obligations d'information et de transparence dès lors qu'elle n'a pas été mise en mesure de connaître les motifs de rejet de son offre, en ce que la lettre de notification de ce rejet ne contient que les notes finales de l'attributaire et en ce que le rapport d'analyse des offres ne lui a pas été communiqué ;

- le pouvoir adjudicateur a commis une erreur dans l'appréciation du critère « Valeur technique » de son offre, et particulièrement pour le sous-critère « Moyens humains prévus sur l'opération » dont la note a été diminuée de deux points en lui opposant une absence d'engagement sur les délais concernant la garantie de parfait achèvement, pourtant non sollicitée par le règlement de consultation, ainsi que pour le sous-critère « Qualité des produits » dont la note a également été diminuée de deux points sans explication ;

- le pouvoir adjudicateur a commis une erreur lors du calcul de sa note globale pour le critère « Valeur technique » dès lors que la formule de calcul mentionnée dans le tableau de comparaison et celle figurant dans la lettre de notification de rejet de l'offre fait apparaître des pondérations différentes de celles prévues dans le règlement de consultation ;

- ses intérêts ont été lésés.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 février 2020, le département de la Haute-Garonne conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir que les moyens soulevés ne sont pas fondés.

La société Roudie, mandataire du groupement d'entreprises attributaire, à qui la requête a été régulièrement communiquée, n'a produit aucune observation.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Truilhé, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

Ont été entendus au cours de l'audience du 11 février 2020 à 10 h 00, tenue en présence de Mme Monteil, greffier d'audience :

- le rapport de M. Truilhé ;
- les observations de Me Perez-Van Der Lende, représentant la société 3AS, qui a repris ses écritures ;
- et les observations de Mme Z, représentant le département de la Haute-Garonne, qui a repris les écritures du mémoire en défense.

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

Une note en délibéré a été présentée pour le département de la Haute-Garonne le 12 février 2020 à 9 h 38 et n'a pas été communiquée.

Une note en délibéré a été présentée pour la société 3AS le 13 février 2020 à 9 h 13 et n'a pas été communiquée.

Considérant ce qui suit :

1. Par avis d'appel public à la concurrence, le département de la Haute-Garonne a engagé une procédure d'appel d'offres en vue de la passation d'un marché de travaux, divisé en dix lots, ayant pour objet la construction d'un collège sur le territoire de la commune de Beauzelle. Le groupement d'entreprises constitué des sociétés 3AS, mandataire, Cerm Sols et SLP, a déposé une offre pour le macro-lot n° 4 « Revêtements de sols durs / Revêtements de sols souples / Peinture », lui-même divisé en trois sous-lots 4.01, 4.02 et 4.03. Par une lettre du 23 janvier 2020, la société 3AS a été informée du rejet de son offre pour le macro-lot n° 4 et de l'attribution de ce dernier au groupement d'entreprises constitué des SAS Roudie Peinture, SAS Roudie Sol Français et SARL Techniceram, ci-après dénommé « groupement d'entreprises Roudie ». Par la présente requête, la société 3AS conteste la régularité de la procédure de passation sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

2. 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, 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 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.* ».

3. 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. En vertu de cet article, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur 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 du référé précontractuel 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.

En ce qui concerne les conclusions aux fins d'annulation :

4. 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. ».

S'agissant de la communication des motifs de rejet :

5. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2181-1 du code de la commande publique : « *Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État.* ». Aux termes de l'article R. 2181-1 du même code : « *L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre.* ». Aux termes de l'article R. 2181-3 de ce code : « *La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre. / Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre : / 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ; / 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R. 2182-1.* ». Aux termes de l'article R. 2181-4 de ce code : « *A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : / (...) 2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.* ». En application de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur est tenu de communiquer au candidat à un marché public, dont l'offre a été rejetée, les motifs de ce rejet. Cette communication a notamment pour objet de permettre à l'intéressé de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel. Il en résulte que l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées à l'article R. 2181-3 précité a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

6. La société requérante soutient que le pouvoir adjudicateur a manqué à son obligation de communication des motifs de rejet de son offre dès lors que la lettre de notification de ce rejet ne contient que les notes finales de l'attributaire. Plus précisément, la société 3AS fait valoir que cette information est insuffisante pour connaître les motifs qui ont conduit au choix de l'offre de l'attributaire en ce que ne sont pas explicités les sous-critères pour la valeur technique, l'analyse séparée de chaque sous-lot pour l'ensemble des critères et les modalités de calcul prévues pour l'attribution de notes.

7. Il résulte de l'instruction que, par une lettre en date du 23 janvier 2020, le département de la Haute-Garonne a informé la société 3AS, en qualité de mandataire du groupement d'entreprises 3AS / Cerm Sols / Beauzelle, du rejet de son offre présentée pour le macro-lot n° 4 au motif que celle-ci arrive au deuxième rang du classement, avec une note finale pondérée de 96,31 points, derrière l'offre de l'attributaire, le groupement d'entreprises Roudie, qui a obtenu une note finale pondérée de 96,74 points et dont le montant global s'élève à 662 264, 19 euros hors taxes. Dans cette même lettre, outre l'information sur la date à laquelle le marché est susceptible d'être signé, le département de la Haute-Garonne dresse

un tableau comparatif qui détaille les notes obtenues par l'offre de la société requérante et par celle de l'attributaire pour chacun des critères. Il indique à la société 3AS que « *bien que [sa] proposition financière soit performante, l'écart de note s'explique par [sa] valeur technique évaluée comme légèrement moins performante* » et l'informe de ce que son offre souffre du défaut d'un « *engagement sur les délais concernant la garantie de parfait achèvement (GPA) en sous-lot 4.01* ». Le règlement de consultation porte également en lui-même information sur les modalités d'appréciation et de notation de chacun des critères ainsi que des sous-critères qui les composent, et sur lesquels l'analyse des offres s'est fondée. En outre, dans le cadre de la présente instance, le département de la Haute-Garonne détaille précisément la notation globale « Valeur technique » au titre de chacun des sous-lots du macro-lot n° 4 et de chaque élément les composant. Par ailleurs, et en tout état de cause, si l'obligation de communication des motifs de rejet prévue par l'article R. 2181-3 du code de la commande publique précité ne suppose aucune demande préalable, il en est autrement de celle prévue par l'article R. 2181-4 de ce même code relative aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue. Il s'ensuit que la société 3AS ne saurait entendre se prévaloir d'une insuffisance de communication au regard des dispositions de l'article R. 2181-4 alors même qu'il lui appartenait d'en faire la demande et que cette circonstance n'est ni alléguée ni établie.

8. Il résulte de tout ce qui précède que de telles informations ont nécessairement permis à la société 3AS de connaître les motifs de rejet de son offre de manière détaillée. Une partie de cette communication est intervenue au plus tard dans le mémoire en défense, lequel a été communiqué à la société requérante avant l'audience publique. Dans ces conditions, elle doit être regardée comme ayant été mise à même, dans un délai suffisant, de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel. Par suite, le département de la Haute-Garonne a satisfait aux obligations de publicité et de mise en concurrence lui incombant en vertu de l'article R. 2181-3 du code de la commande publique précité.

9. En second lieu, aux termes de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres. / (...)* ». En ce sens, aux termes de l'article L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration : « *Le droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés. / Le droit à communication ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration. Cependant, les avis, prévus par les textes législatifs ou réglementaires, au vu desquels est prise une décision rendue sur une demande tendant à bénéficier d'une décision individuelle créatrice de droits, sont communicables à l'auteur de cette demande dès leur envoi à l'autorité compétente pour statuer sur la demande. Lorsque les motifs de l'avis n'y figurent pas, ceux-ci doivent être également communiqués au demandeur en cas d'avis défavorable. / Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, les avis qui se prononcent sur les mérites comparés de deux ou plusieurs demandes dont l'administration a été saisie ne sont pas communicables tant que la décision administrative qu'ils préparent n'a pas été prise. / (...)* ». Aux termes de l'article L. 311-6 du même code : « *Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : / 1° Dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires, lequel comprend le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la*

mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L. 300-2 est soumise à la concurrence ; / (...) ».

10. En ce qu'il constitue un document composant la procédure de passation, le rapport d'analyse des offres revêt la nature de document préparatoire au sens des dispositions précitées de l'article L. 311-2 du code des relations entre le public et l'administration. A ce titre, il est exclu du champ d'application du droit à communication des documents administratifs aussi longtemps que la signature du marché qu'il prépare n'est pas intervenue ou que le pouvoir adjudicateur n'y a pas manifestement renoncé. Dans ces conditions, alors que cette signature n'est pas intervenue avant la saisine du juge du référé précontractuel et qu'elle est suspendue jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la présente ordonnance, la société 3AS n'est pas fondée à solliciter la communication du rapport d'analyses des offres correspondant à la procédure de passation en litige. Par suite, le département de la Haute-Garonne n'a pas méconnu les dispositions citées au point 5, ensemble celles citées au point 9.

S'agissant de l'appréciation des mérites respectifs des offres :

11. Il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

12. En premier lieu, en ce qui concerne le critère « Valeur technique », d'une part, la société requérante doit être regardée comme soutenant que l'appréciation de son offre par le pouvoir adjudicateur est entachée de dénaturation dès lors que la note obtenue au sous-critère « Moyens humains prévus sur l'opération » ne peut être justifiée par une absence d'engagement sur les délais concernant la garantie de parfait achèvement. Toutefois, et contrairement à ce que soutient la société 3AS, le règlement de consultation sollicitait précisément des candidats une réponse quant à l'organisation et aux modalités d'intervention durant la garantie de parfait achèvement, dont notamment la procédure et les délais d'intervention. Il s'ensuit, alors qu'il résulte de l'instruction que le groupement d'entreprises de la société 3AS ne s'est pas engagé sur ces délais d'intervention, que ce moyen doit être écarté. D'autre part, contrairement aux allégations de la société requérante, il ne résulte pas plus de l'instruction que le pouvoir adjudicateur aurait dénaturé l'offre de la société 3AS en ne faisant pas application de la méthode de calcul prévue au règlement de consultation pour le critère « Valeur technique ». Par suite, ce moyen ne peut également qu'être écarté.

13. En second lieu, et alors, ainsi qu'il a été dit au point 8, que la société 3AS a pourtant été mise en mesure de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel, le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur aurait dénaturé son offre en diminuant sa note de deux points pour le sous-critère « Qualité des produits » n'est assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé. Par suite, il ne peut qu'être écarté.

14. Il résulte de tout ce qui précède que la société requérante n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du macro-lot n° 4 en litige.

En ce qui concerne les conclusions aux fins d'injonction :

15. En l'absence d'annulation de la procédure de passation du macro-lot n° 4 en litige, il y a lieu de rejeter, par voie de conséquence, les conclusions de la société 3AS tendant à ce qu'il soit enjoint au département de la Haute-Garonne de reprendre la procédure de passation.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

16. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du département de la Haute-Garonne, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme sollicitée par la société 3AS au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

O R D O N N E :

Article 1^{er} : La requête de la société 3AS est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la société à responsabilité limitée (SARL) 3AS et au département de la Haute-Garonne.

Fait à Toulouse, le 25 février 2020.

Le juge des référés,

Le greffier,

J. C. TRUILHÉ

M. MONTEIL

La République mande et ordonne à préfet de la Haute-Garonne 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 ordonnance.

Pour expédition conforme :
Le greffier,