

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULON**

N° 1702533

**SOCIETE BOUYGUES ENERGIES
& SERVICES**

**M. Sauton
Juge des référés**

Ordonnance du 24 août 2017

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**Le magistrat désigné,
Juge des référés**

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 10 août 2017, et un mémoire complémentaire enregistré le 24 août 2017 avant la clôture de l'instruction, la société Bouygues Energies & Services, représentée par Me Cabanes, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation du marché public global de performance ayant pour objet « la conception-réalisation-exploitation-maintenance pour l'amélioration et la gestion des installations électriques extérieures » sur le territoire des communes de Fréjus et de Roquebrune-sur-Argens ;

2°) de mettre à la charge du groupement de commande la somme de 3 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ;
- le rejet de son offre finale au motif qu'elle est irrégulière, compte tenu que son offre initiale ne prévoyait pas la fourniture des motifs pour les illuminations festives et temporaires et que son offre régularisée modifie les caractéristiques substantielles de son offre initiale, est entaché d'une erreur de droit au regard de l'article 59 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, dès lors que la possibilité de déposer une nouvelle offre conforme au cahier des charges dans le cadre d'une procédure négociée ou d'un dialogue compétitif a toujours été autorisée, sans que les limites tenant, en particulier, à l'interdiction de modifier les caractéristiques substantielles de l'offre ne trouvent à s'appliquer, puisqu'il s'agit de déposer une nouvelle offre à la suite de l'offre initiale, et non de modifier une offre finale ;
- les motifs de rejet de son offre sont entachés de contradiction, puisque le groupement de commande a proposé dans un premier temps de régulariser l'offre initiale, avant de se raviser ;

- le rejet de son offre est entachée d'une nouvelle erreur de droit mêlée d'erreur de fait, dès lors que la société Bouygues Energies & Services n'a procédé à aucune modification substantielle de son offre, les différences entre son offre initiale et son offre finale étant mineures ;

- son offre ne pouvait être considérée comme irrégulière compte tenu de l'imprécision du dossier de consultation et des réponses apportées par le groupement de commande sur la fourniture des matériels au titre du poste G5 ;

- la substitution de motif proposée en défense n'est pas fondée.

Par un mémoire en défense, enregistré le 22 août 2017, la commune de Roquebrune-sur-Argens, représentée par Me Lougraida-Dumas, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- à titre principal, les moyens de la requête ne sont pas fondés ;

- subsidiairement, il y a lieu de procéder à une substitution de motifs, en ce que l'irrégularité de l'offre initiale présentée par la société Bouygues Energies & Services justifie le rejet de ladite offre.

Par un mémoire en défense, enregistré le 22 août 2017, la commune de Fréjus, représentée par Me Frölich, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société requérante la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Par un courrier du 23 août 2017, le conseil de la entreprise Serradori, attributaire du marché, a informé le Tribunal de son absence à l'audience ;

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Sauton en qualité de juge des référés.

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

Au cours de l'audience publique du 24 août 2017 à 10h00, tenue en présence de Mme Reux, greffier d'audience, M. Sauton a lu son rapport et entendu :

- Me Cabanes, représentant la société Bouygues Energies & Services, qui persiste dans ses conclusions écrites, par les mêmes moyens développés ;

- Me Lougraida-Dumas, représentant la commune de Roquebrune-sur-Argens, qui persiste dans ses conclusions écrites par les mêmes moyens développés ;

- Me Colin, représentant la commune de Fréjus, qui persiste dans ses conclusions écrites, par les mêmes moyens développés.

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

1. Considérant que par un avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP et au JOUE le 10 octobre 2016, le groupement de commande composé de la commune de Fréjus, agissant en qualité de coordinateur, et de la commune de Roquebrune-sur-Argens, a lancé une procédure de passation, sous la forme d'un dialogue compétitif, d'un marché public global de performance ayant pour objet « la conception-réalisation-exploitation-maintenance pour l'amélioration et la gestion des installations électriques extérieures », pour lequel la société Bouygues Energies & Services a présenté des offres ; que la société Bouygues Energies & Services a été informée, par courrier du 4 août 2017, du rejet de son offre au motif que son offre initiale ne prévoyait pas la fourniture des motifs pour les illuminations festives et temporaires et que son offre régularisée modifiait les caractéristiques substantielles de son offre initiale en méconnaissance de l'article 59 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 ; que par la présente requête, la société Bouygues Energies & Services demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation dudit marché public ;

Sur les conclusions à fin d'annulation des décisions de passation :

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 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 »* ;

3. Considérant 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'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 ; qu'il appartient, dès lors, au juge des référés précontractuels 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 l'erreur de droit au regard de l'article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 :

4. Considérant qu'aux termes d'une part de l'article 59 du décret susvisé du 25 mars 2016 : *« I. - L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées. Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la*

consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure. Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation. II. - Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. III. - Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. IV. - La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres.” ; qu’aux termes d’autre part de l’article 8.1 du règlement de consultation, qui rappelle les dispositions précitées : « La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles des offres » ;

5. Considérant qu’il résulte des termes mêmes de ces dispositions, et en particulier de celles de l’article 8.1 du règlement de consultation, propre au marché public global de performance dont la passation est litigieuse, que la régularisation des offres irrégulières déposées par les candidats était limitée par la condition de ne pas modifier les caractéristiques substantielles de leurs offres initiales ;

6. Considérant que la société Bouygues Energies & Services soutient que le rejet de son offre finale au motif qu’elle est irrégulière, compte tenu que son offre initiale ne prévoyait pas la fourniture des motifs pour les illuminations festives et temporaires et que son offre régularisée modifie les caractéristiques substantielles de son offre initiale, est entaché d’une erreur de droit au regard de l’article 59 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016, dès lors que la possibilité de déposer une nouvelle offre conforme au cahier des charges dans le cadre d’une procédure négociée ou d’un dialogue compétitif a toujours été autorisée, sans que les limites tenant, en particulier, à l’interdiction de modifier les caractéristiques substantielles de l’offre initiale ne trouvent à s’appliquer ; qu’il est constant que la proposition, qualifiée d’offre initiale par la société Bouygues Energies & Services elle-même, déposée par ladite société, ne prévoyait pas la fourniture des sujets des illuminations festives, poste désigné G5 dans le règlement de consultation ; que cette offre a été jugée irrégulière parce qu’incomplète par la commission d'appel d'offres réunie le 20 mars 2017 ; que si la société Bouygues Energies & Services a été invitée à régulariser son offre initiale et qu’elle a déposé une offre intermédiaire et une offre finale comprenant et chiffrant la fourniture des sujets, qui doivent être regardées comme une tentative de régularisation de son offre initiale au sens des dispositions précitées, c’est sans commettre d’erreur de droit que le groupement de commande a pu, en application des dispositions précitées de l’article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et de l’article 8.1 du règlement de consultation et dans le cadre de la régularisation de l’offre initiale, rejeter ladite offre au motif qu’elle modifiait les caractéristiques substantielles de son offre initiale ; que, par suite, le moyen tiré de l’erreur de droit au regard de l’article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 doit être écarté ;

En ce qui concerne la contradiction de motifs :

7. Considérant que si la société Bouygues Energies & Services conteste la position du groupement de commande, ayant rejeté son offre finale après l'avoir invitée à régulariser son offre initiale, aucun texte à caractère légal ou réglementaire, ni aucun principe ne faisait obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur procède, au regard de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 et de l'article 8.1 du règlement de consultation, à l'analyse de la régularité de son offre postérieurement à la tentative de régularisation, une fois l'ensemble des éléments d'analyse recueillis et, notamment, le chiffrage des sujets des illuminations festives effectué ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de la contradiction des motifs de rejet de son offre doit être écarté ;

En ce qui concerne l'absence de modification substantielle :

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre initiale de la société Bouygues Energies & Services, qui ne prévoyait pas la fourniture des sujets des illuminations festives du poste G5, ainsi qu'il a été dit, chiffrait ce poste à 520 603,00 euros HT ; que l'offre finale chiffrait cette prestation à la somme de 2 289 166,90 euros HT, soit une variation substantielle de ce poste de 1 768 563,90 euros HT, alors que ce poste représente plus de 9 % du coût global de l'offre finale déposée par la société Bouygues Energies & Services ; que la fourniture des illuminations constitue l'essentiel du prix du poste G5, qui fait partie de la tranche ferme du marché public global de performance, composé de 8 postes ; qu'ainsi, et nonobstant l'écart modeste du coût global entre les offres initiale et définitive déposées par la candidate, qui résulte d'une négociation d'ensemble des prix, la régularisation opérée par la société Bouygues Energies & Services doit être regardée comme modifiant les caractéristiques substantielles de son offre initiale au sens de l'article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et de l'article 8.1 du règlement de consultation ; que, par suite, le moyen tiré de l'absence de modification substantielle de son offre par la société Bouygues Energies & Services à l'issue de la régularisation doit être écarté ;

En ce qui concerne l'imprécision du dossier :

9. Considérant que l'article 1.4 du règlement de consultation décrivant les besoins du groupement de commande mentionne, dans la tranche ferme : « *G5 : Les interventions, les fournitures liées aux illuminations festives ci-après dénommées « Gestion des illuminations festives »* » ; que l'article 1.2 du Programme fonctionnel des besoins prescrit : « *Interventions, fournitures liées aux illuminations festives et temporaires* » ; que l'article 2.1 précise que les illuminations temporaires sont au nombre de 316 ouvrages ; que l'article 5.1 du cahier des clauses administratives particulières expose : « *La rémunération du titulaire pour l'ensemble des missions effectuées au titre du présent marché est composée de 3 redevances versées mensuellement à terme échu par la commune et de 6 rémunérations versées à hauteur des travaux réalisés : (...) – Une rémunération « Gestion des illuminations festives » (G5) (prix par motif incluant le montant de la fourniture (renouvellement des motifs tous les 3 ans))* » ; qu'il résulte de ce cahier des charges que les besoins du groupement de commande comprenaient notamment la fourniture des sujets des illuminations ; que la qualification

d'option donnée à ce poste au point 3.2 du Programme fonctionnel constitue manifestement une simple erreur de plume ; qu'en tout état de cause, ce poste devait être chiffré ; qu'il n'est pas établi que les réponses données aux demandes de précision de la société Bouygues Energies & Services étaient de nature à l'induire en erreur sur l'identification de ces besoins ; que les communes font valoir en défense que les 2 autres candidats ayant déposé une offre finale ne se sont pas mépris sur ce point ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de l'imprécision du dossier ne peut qu'être écarté ;

10. Considérant qu'il résulte de ce tout ce qui précède que la requête présentée par la société Bouygues Energies & Services n'est pas fondée et que, sans qu'il soit besoin de procéder à la substitution de motif sollicité, elle doit être rejetée ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de laisser à chacune des parties la charge de ses frais d'instance ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société Bouygues Energies & Services est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par les communes de Roquebrune-sur-Argens et de Fréjus en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Bouygues Energies & Services, à la commune de Fréjus, à la commune de Roquebrune-sur-Argens et à l'entreprise Serradori.

Fait à Toulon, le 24 août 2017.

Le magistrat désigné,

signé

J.-F. SAUTON

La République mande et ordonne au préfet du Var, 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.

Pour expédition conforme,
Pour le greffier en chef,
La greffière.