

TRIBUNAL JUDICIAIRE DE NANTERRE

REFERES

ORDONNANCE RENDUE SELON LA PROCÉDURE ACCÉLÉRÉE AU FOND LE
28 Août 2020

N°R.G. :20/00500 - N° Portalis DB3R-W-B7E-VPY7

N° :

S.A.R.L. PROMAIN

c/

**Société RESIDENCES
YVELINES ESSONNE,
Société PULITA**

DEMANDERESSE

S.A.R.L. PROMAIN
31 Avenue de l'Europe
78130 LES MUREAUX

représentée par Me Valérie DE SIGOYER, avocat au barreau de
PARIS, vestiaire : C2211

DÉFENDERESSE

Société RESIDENCES YVELINES ESSONNE
145/147 Rue Yves Le Coz
RP 1124
78000 VERSAILLES

représentée par Me Nicolas LAFAY, avocat au barreau de PARIS,
D0633

PARTIE INTERVENANTE

Société PULITA
31 Rue de la division Leclerc
94250 GENTILLY

représentée par Me Xavier MATHARAN et Me Ghislain MINAIRE
de la SELARL PARME AVOCATS, avocats au barreau de PARIS,
vestiaire : R272

COMPOSITION DE LA JURIDICTION

Président : Pascale LOUE-WILLIAUME, 1ère vice-présidente, par
délégation du Président du Tribunal,
Greffier : Claire AMSTUTZ,

Statuant publiquement en dernier ressort par ordonnance contradictoire mise à disposition au greffe du tribunal, conformément à l'avis donné à l'issue des débats.

Nous, Président, après avoir fait application des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020, modifiées par l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-595 du 20 mai 2020, relative à la procédure sans audience, avons mis l'affaire en délibéré à ce jour ;

La société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE , est un bailleur social . Elle a mis en oeuvre une procédure concurrentielle avec négociation (PCN) en vue de conclure un marché de prestations de nettoyage des parties communes et des abords extérieurs, de gestion des rejets, de traitement des encombrants et des prestations associées pour ses résidences.

Les entreprises ont remis leur offre initiale et sur cette base, une séance de négociation a été réalisée le 2 janvier 2020. À la suite de cette séance, les candidats devaient remettre leur offre finale (ou après négociations) pour le 9 janvier 2020 à 16 heures au plus tard. La société PROMAIN a déposé une offre dans les délais impartis.

Par courrier en date du 22 janvier 2020 , la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE a informé la société PROMAIN du rejet de son offre, en lui fournissant :

- le nom de l'attributaire de ce lot, la société PULITA,
- le montant de l'offre de l'attributaire, tant sur la partie forfaitaire que sur la partie unitaire,
- les notes obtenues respectivement par l'attributaire et la société PROMAIN, au titre du critère prix et du critère valeur technique.

La société PROMAIN qui entend contester cette procédure de passation de contrats privés de la commande publique a assigné la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE devant le tribunal judiciaire de NANTERRE selon la procédure accélérée au fond, après y avoir été autorisée par ordonnance rendue par le président du Tribunal judiciaire de NANTERRE du 29 janvier 2020, pour l'audience du 20 février 2020 .À cette audience du 20 février 2020, au cours de laquelle la société PULITA, en qualité d'attributaire du lot contesté, est intervenue volontairement , l'affaire a été renvoyée à la demande de la société PROMAIN au 26 mars 2020.

En raison de la crise sanitaire et du plan de continuité l'audience du 26 mars 2020 a été reportée, et le juge du Tribunal judiciaire de NANTERRE, a décidé, le 4 juin 2020, de recourir à une procédure sans audience en application des dispositions de l'article 4 alinéa 1 de l'ordonnance 2020-304 du 25 mars 2020. En outre, le juge a prévenu les parties qu'il se prononcera sur la demande de restriction de communication des pièces formée par la société PROMAIN, en vertu de la protection du secret des affaires. Enfin il a invité les parties à déposer sur le fond leurs dossiers pour le 17 juin 2020 après leur avoir préalablement adressé un calendrier pour échanger leurs conclusions et leurs documents.

Par ordonnance en date du 12 juin 2020, le juge du Tribunal judiciaire de NANTERRE , statuant sur la demande de communication d'une pièce en application des dispositions de l'article L 153-1 du code de commerce relatives au secret des affaires, a autorisé la société PROMAIN à communiquer la DPGF (décomposition du prix global et forfaitaire) , sans que les prix ne soient divulgués à un concurrent, et a rappelé aux parties d'échanger leurs dernières conclusions au plus tard le 16 juin 2020 à 10 heures le dépôt des dossiers étant prévu pour le 17 juin 2020 avant 11 heures.

Dans le dernier état des conclusions échangées entre les parties et déposées, la société PROMAIN demande :

- l'annulation de l'ensemble des décisions qui se rapportent à la procédure de passation du marché (lot 1) de prestations de nettoyage des parties communes et espaces extérieurs, de

gestion des rejets, de traitement des encombrants et les prestations associées pour les résidences de la SA LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE situées dans le département des Yvelines (78)avec toutes ses conséquences de droit ;

- la communication sous astreinte de documents relatifs à la procédure de passation du marché de nature à établir la violation par l'acheteur de ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence, à savoir le rapport de présentation des offres et le procès-verbal de la commission de sélection des offres ;
- la condamnation de la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE à lui verser la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;
- l'exécution provisoire du jugement.

Elle fonde ses demandes sur les dispositions de l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 et 1441-1 et suivants du code de procédure civile.

La société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE conclut au rejet des demandes et sollicite la condamnation de la société PROMAIN à lui verser 5 000 euros au titre de ses frais non compris dans les dépens. Elle demande d'ordonner l'exécution provisoire de la décision.

La société PULITA qui intervient volontairement conclut au rejet des demandes principales et sollicite la condamnation de la société PROMAIN à lui verser la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Conformément à l'article 455 du code de procédure civile il convient de se référer aux conclusions des parties pour un plus ample exposé de leurs prétentions et de leurs moyens.

MOTIFS DE LA DECISION

Pour s'opposer à la demande de la société PROMAIN , la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE et la société PULITA exposent en premier lieu que l'offre présentée par la demanderesse étant irrégulière elle n'est pas fondée à agir en annulation dès lors qu'elle n'est pas susceptible d'avoir été lésée par les manquements qu'elle invoque même si ils diffèrent du motif d'irrégularité de cette offre.

La société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE indique qu'elle est recevable à invoquer cette irrégularité de l'offre y compris pour la première fois devant une juridiction, même si cette offre a été classée comme cela a été le cas. Elle répond à la société PROMAIN que cette irrégularité a porté sur un élément substantiel ,à savoir l'acte d'engagement qu'elle avait choisi en tant qu'acheteur d'exiger expressément et que la société PROMAIN ne rapporte la preuve d'aucun manquement de sa part, l'irrégularité de son offre résultant de la seule négligence fautive de celle-ci. Elle ajoute que la demanderesse ne démontre aucune irrégularité de l'offre de l'attributaire.

La société PROMAIN, en réponse à ce moyen considère que son offre n'est pas irrégulière au motif que l'acte d'engagement invoqué comme motif de cette irrégularité, n'est plus obligatoire et qu'en tout état de cause les documents qu'elle a produits dans l'offre négociée permettait à l'acheteur de connaître ses nouveaux prix.

Subsidiairement, si son offre est jugée irrégulière, elle considère que la société acheteur avait la faculté d'éliminer son offre ce qu'elle n'a pas fait , et au surplus que la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE aurait manqué de loyauté en ne répondant pas aux questions posées par la société PROMAIN et qu'elle n'a pas produit d'acte d'engagement définitif à la demande de la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE. Elle ajoute qu'elle est recevable à invoquer

les manquements de la procédure de passation car rien ne démontrerait que la société attributaire n'a pas également présenté une offre qui n'a pas été irrégulière.

L'article 59 du décret du 25 mars 2016 dispose que :

« 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.

(...)

III. - Dans les autres procédures (dont la procédure concurrentielle avec négociation), 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 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. »

S'agissant du candidat qui se dit lésé par le choix d'un concurrent en tant qu'attributaire du marché public, et qui conteste la passation de ce marché si l'offre qu'il avait présentée est irrégulière, il n'est pas susceptible d'avoir été lésé et ne risque pas d'être lésé, fût-ce de façon indirecte, par les manquements qu'il invoque et qui diffèrent du motif pour lequel son offre est irrégulière.

S'agissant du pouvoir adjudicateur même si l'offre a été classée à l'issue de la procédure de passation du marché et rejetée pour un autre motif, il peut se prévaloir de l'irrégularité de cette offre devant le juge du référé précontractuel.

La seule exception réside dans le cas où l'irrégularité est le résultat du manquement dénoncé par le candidat non retenu.

Contrairement à ce que soutient la société PROMAIN à titre principal, il est démontré que son offre est irrégulière. En effet, si les parties sont d'accord pour admettre qu'il est désormais légalement possible que l'acte d'engagement ne soit pas systématiquement nécessaire, l'acheteur est fondé à conserver le droit de l'exiger à condition de le prévoir dans les documents relatifs à la procédure de consultation.

Dans le cadre d'une procédure formalisée, une procédure concurrentielle avec négociation précisément, les RESIDENCES YVELINES ESSONNE a mentionné les articles suivants dans son règlement de la consultation :

« Documents à présenter en phases offres »

article 5.1.1 : les candidats sélectionnés dans la phase précédente auront à produire un dossier offre complet comprenant les pièces suivantes :

Pièce n°1 : l'acte d'engagement (AE) et ses annexes,

Pièce n°2 : le CCAP

Pièces n°3 : le CCTP et ses annexes

Pièce n°4 : le cadre de réponse « valeur technique de l'offre »

article 5.2 : aucune régularisation d'offre n'est possible à ce stade de la procédure

article 5.3 : il est vérifié que chacune des offres est recevable, en ce qu'elle est régulière au sens de l'article 59 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016. Les offres qui ne satisferont pas à ces vérifications seront éliminées.

« Modalités de négociations »

article 6.3.1 : en cas de nouvelle proposition dans le cadre des négociations, les soumissionnaires retenus sont invités à compléter, dater et signer un nouvel acte d'engagement et une nouvelle répartition des honoraires, afin de les mettre en harmonie avec leur dernière proposition financière et/ou technique

l'article 7 précisait que pour pouvoir se voir attribuer le marché, il était impératif de remettre, au titre du dossier relatif aux éléments de l'offre, 8 documents précisément listés, dont, au titre de la pièce n°1, l'acte d'engagement daté et signé.

Lors du dépôt de son offre le 23 décembre 2019, la Société PROMAIN a remis un dossier complet incluant un acte d'engagement daté et signé.

Le compte-rendu de la négociation du 2 janvier 2020 indiquait expressément, s'agissant de la remise de la nouvelle proposition, que « ces éléments complémentaires au cadre de réponse, acte d'engagement et annexes financières seront formalisés par la remise de l'offre définitive au soumissionnaire ».

Cependant, après les négociations, l'offre finale, déposée par la société PROMAIN le 09 janvier 2020 par mail, ne comportait pas d'acte d'engagement. La société PROMAIN reconnaît qu'elle n'a pas communiqué d'acte d'engagement au stade de l'offre finale.

Elle n'est pas fondée à soutenir que l'acte d'engagement se limiterait à la synthèse de la DPGF (décomposition des prix globale et forfaitaire). En effet il est constant que l'article 5.1 du règlement de la consultation énonce que l'acte d'engagement doit comporter plusieurs annexes qui ne se limitent pas à cette DPGF mais qui comportent aussi une annexe relative aux fiches résidences et une autre relative aux bordereaux des prix unitaire (BPU). Or il n'est pas contesté que les prix du marché étant mixtes le titulaire est rémunéré à la fois sur une partie forfaitaire mais aussi sur une partie concernant des prix unitaires.

En outre la nécessité d'une remise d'un acte d'engagement au stade de la remise de l'offre définitive ressort clairement des dispositions précitées énoncées par l'acheteur à l'attention des candidats et se justifie en raison des négociations intervenues entre l'offre initiale et l'offre finale.

La société PROMAIN ne rapporte pas la preuve d'un comportement fautif imputable à la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE, pour s'exonérer de cette absence de remise d'un acte d'engagement avec son offre finale. En effet, l'échange de courriers électroniques qu'elle évoque ne prouve nullement que cette société lui aurait demandé de ne pas en déposer au stade de l'offre négociée. Le représentant de la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE a seulement indiqué que les offres négociées (seront) à retourner par mail avant le jeudi 9 janvier à 16 heures.

Il en découle que c'est de son seul fait que la société PROMAIN n'a pas remis un acte d'engagement ce qui rend son offre irrégulière.

Enfin la société PROMAIN qui se contente d'alléguer sans preuve que l'offre de la société PULITA serait irrégulière, n'est pas fondée à se prévaloir de manquements dans la procédure de passation du marché, dès lors que sa propre offre est jugée irrégulière.

Par conséquent en présence d'une offre irrégulière la société PROMAIN n'est pas fondée à être considérée comme lésée, ou susceptible d'être lésée par la passation du marché public à l'égard d'un concurrent.

Sans qu'il soit nécessaire d'examiner les motifs à l'appui de sa demande d'annulation des décisions relatives à la passation du marché, la société PROMAIN est donc déboutée de

l'ensemble de ses demandes.

Tenue aux dépens la société PROMAIN versera à la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et à la société PULITA la somme de 2 000 euros sur le même fondement.

Conformément aux dispositions de l'article 514 du code de procédure civile applicable , la présente décision est de droit exécutoire à titre provisoire.

PAR CES MOTIFS

le juge statuant publiquement par ordonnance contradictoire et rendue en dernier ressort,

Déboute la société PROMAIN de toutes ses demandes ;

Rappelle que la présente décision est exécutoire à titre provisoire;

Condamne la société PROMAIN aux dépens et à verser sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, à la société LES RESIDENCES YVELINES ESSONNE la somme de 3 000 euros et à la société PULITA la somme de 2 000 euros.

FAIT A NANTERRE, le **28 Août 2020**.

LE GREFFIER,

LE PRESIDENT.

Claire AMSTUTZ,

Pascale LOUE-WILLIAUME, 1ère vice-présidente