

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CLERMONT-FERRAND**

im

N°0902050

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE QUADRIMEX

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Damay
Juge des référés

Ordonnance du 25 novembre 2009

Le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 9 novembre 2009, présentée pour la SOCIETE QUADRIMEX, dont le siège est 1 rue Jean Monnet à Cavaillon (84300), par la SELARL itinéraires droit public, représentée par Me CADOZ ; la SOCIETE QUADRIMEX demande que le juge des référés :

- suspende provisoirement la procédure de passation du marché de fourniture de sel de déneigement et fasse injonction au Département de la Haute-Loire de différer la signature du marché jusqu'à cette date ;
- annule la procédure d'appel d'offres contestée ;
- condamne le Département de la Haute-Loire à lui verser une somme de 5000€ sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

LA SOCIETE QUADRIMEX soutient que le Département a manqué aux obligations résultant des dispositions de l'article 83 du code des marchés publics ; le pouvoir adjudicateur doit en effet, conformément à l'article 80 I du CMP, informer les candidats retenus en leur communiquant spontanément les motifs de rejet de leur offre et sur demande de l'entreprise formée en vertu de l'article 83 du CMP communiquer dans un délai de quinze jours les motifs pertinents permettant à celle-ci de contester le rejet de son offre, ce qui n'a pas été fait ;

Les critères pondérés de sélection des offres fixés par l'article 5 du règlement de consultation sont irréguliers, car se fondant sur les références des candidats et leur capacité professionnelles ou techniques générales qui ne peuvent être appréciées qu'au niveau de la sélection des candidatures, discriminants, car ils favorisent les gros producteurs plutôt que les distributeurs, et dépourvus de transparence, car les sous-critères relatifs à la valeur technique de l'offre n'ont pas été portés préalablement à la connaissance des soumissionnaires ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 19 novembre 2009, présenté pour le Département de la Haute-Loire, représenté par son président, par Me Hervé LETELLIER, avocat associé de la SELARL SYMCHOWICZ-WEISSBERG ; Le Département de la Haute-Loire conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société QUADRIMEX à lui verser une somme de 7000€ sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que la requérante doit établir qu'elle a été lésée par l'irrégularité de procédure qu'elle invoque, ce qu'elle ne démontre pas au regard de la jurisprudence Smirgeones ; le moyen selon lequel le Département n'aurait pas suffisamment motivé son offre est tout à la fois irrecevable et infondé, dès lors que la société a pu contester le rejet de son offre devant le juge du référé précontractuel et que le Département lui a non seulement indiqué son classement en application de l'article 80 du CMP mais lui a aussi communiqué, avant la date de l'audience les supports physiques d'analyse, et notamment le tableau de notation par critère qui faisait ressortir les faiblesses de l'offre présentée par la requérante ;

S'agissant du moyen tiré de l'illégalité du sous-critère portant sur la capacité de production, il s'agit d'un moyen irrecevable, dès lors que la requérante ne démontre pas avoir subi un préjudice du fait de la prise en compte de ce sous-critère d'appréciation des offres ; en effet ce sous-critère a été noté sur quatre points et la requérante a obtenu la note de trois sur quatre, tandis que l'attributaire a obtenu la note de quatre, ce qui fait qu'en neutralisant ce sous-critère le résultat demeurerait donc inchangé ; le moyen est par ailleurs infondé dès lors que le sous-critère se rattache, en mentionnant la capacité du candidat, non à la capacité professionnelle, technique et financière générale du candidat, qui ne peut être contrôlée que dans le cadre de l'analyse des candidatures, mais à la valeur technique de la proposition, c'est-à-dire aux moyens spécifiques qui peuvent être mis en œuvre pour l'exécution du marché, qui doit être analysée à l'occasion des offres ; par ailleurs le sous-critère de la capacité de production qui résulte des recommandations du ministère de l'équipement est adapté à un marché de sel de déneigement dans un département de moyenne montagne qui nécessite que le prestataire dispose d'une faculté de production suffisante et adaptée ; la capacité de production n'aurait pu en tout état de cause être un élément d'appréciation des candidatures car elle n'est pas prévue par l'arrêté du 28 août 2006 ; le sous-critère en cause ne saurait avoir un caractère discriminatoire pour la seule raison qu'une société couvre 80% du marché. Le principe d'égalité des candidats prohibe tout acte positif volontaire du pouvoir adjudicateur susceptible de favoriser une entreprise en particulier ; le seul fait que la société ROCK soit plus importante que la requérante ne signifie pas que le principe d'égalité de traitement soit méconnu ; au demeurant la requérante a pu présenter une offre financière plus basse que celle de son concurrent direct.

Le moyen tiré de l'absence de transparence dans la pondération des sous-critères d'attribution est irrecevable. En effet, le fait de ne pas avoir indiqué que les sous-critères d'attribution avaient une pondération égale n'a pu léser la requérante dès lors que tous les candidats étaient dans la même situation et que la requérante a présenté une offre correspondant en tout point à l'objet du marché ; il n'est par ailleurs pas démontré que ce grief aurait pu avoir une incidence sur le contenu de l'offre ; le moyen est par ailleurs infondé car l'article 53-II du CMP impose seulement à la collectivité de définir les critères d'attribution et de préciser leur pondération sans que celle-ci soit tenue d'entrer dans le détail des différents éléments d'appréciation de ces critères et de leur donner une sous-pondération. Le Département est allé au-delà de ces exigences en fournissant les éléments d'appréciation de la valeur technique de l'offre. L'exigence ne pourrait au demeurant que concerner les cas où les sous-critères auraient une pondération différente puisqu'en absence de toute précision, ces sous-critères doivent être réputés avoir une pondération égale.

Vu le mémoire enregistré le 23 novembre 2009, présenté pour la société Quadrimex par la SELARL itinéraires droit public, représentée par Me CADOZ ; elle soutient en outre que l'information donnée dans le courrier du 4 novembre 2009 n'est pas suffisante au regard des exigences de l'article 83 du CMP et ne constitue pas l'exposé des motifs détaillés du rejet de l'offre ; la société n'a ainsi pas reçu les informations pertinentes indispensables pour introduire un recours efficace au sens de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 ; le sous-critère « capacité de production » est bien un élément de sélection des candidatures et doit être regardé comme le motif principal de rejet de son offre ; le principe de transparence a été violé, dès lors que l'absence de publicité de la pondération des sous-critères de la valeur technique a interdit à la requérante d'établir

son offre en toute connaissance de cause et que le Département a pu changer les règles du jeu au vu du caractère moins disant de son offre sur le critère du prix ;

Vu l'ordonnance en date du 9 novembre 2009 par laquelle le président du Tribunal a enjoint au Département de la Haute-Loire de différer la signature du contrat jusqu'au 29 novembre 2009 ;

Vu la décision en date du 1^{er} septembre 2009 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Damay, président, comme juge des référés ;

Après avoir convoqué à une audience publique :
- Me CADOZ, représentant la société Quadrimex ;
- Le Département de la Haute-Loire ;

Vu le procès-verbal de l'audience publique du 24 novembre 2009 à 10 heures au cours de laquelle ont été entendus :

- le rapport de M. DAMAY, juge des référés ;
- Me CADOZ, représentant la société Quadrimex ;
- Me MORICE, représentant le Département de la Haute-Loire ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience à 11 20, la clôture de l'instruction ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code de justice administrative ;

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 des marchés publics et des conventions de délégation de service public. ... Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. ... Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. ... Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise. ... Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés » ;

Considérant que le Département de la Haute-Loire a lancé une consultation sur appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché à bons de commande pour la fourniture et le transport de sel de déneigement ; que par courrier du 27 octobre 2009, la société Quadrimex a été informée du rejet de son offre ; que suite à la demande de la société, le Département a, par courrier du 4 novembre 2009, communiqué à la requérante le tableau d'analyse des offres et le bordereau des prix unitaires de la société attributaire ; que la société QUADRIMEX demande l'annulation de la procédure d'attribution du marché en soutenant que le Département de la Haute-Loire a manqué à son obligation de l'informer des motifs de rejet de son offre et que le pouvoir adjudicateur s'est fondé sur un sous-critère de valeur technique de l'offre qui était irrégulier, discriminatoire et dépourvu de transparence ;

Sur le moyen tiré du manquement à l'obligation de communiquer les motifs de rejet de l'offre

Considérant qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics : « I. - 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet. (...) » ; qu'aux termes de son article 83 : « Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande, les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre a été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre. » ; que l'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que, par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence ; que, cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités 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 ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la personne publique, sur demande de la société en date du 28 octobre 2009 tendant à ce que lui soit communiqué les motifs détaillés du rejet de l'offre, a informé cette dernière, par lettre du 4 novembre 2009, du détail de la notation appliquée à chaque critère et de la notation de chacun des sous-critères de la valeur technique mentionnés à l'article 5 du règlement de la consultation, ce qui lui a permis de connaître les éléments de son offre sur lesquels elle avait perdu des points ; que ces informations, qui ne pouvaient s'accompagner de la communication de documents dont la publication n'est pas imposée avant la signature du contrat répondent aux prescriptions de l'article 83 du code des marchés publics et permettent à la société de contester utilement son éviction devant le juge du référé précontractuel ;

Sur le moyen tiré de l'irrégularité des sous-critères de la valeur technique de l'offre

Considérant qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : « Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les

performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; (...) II. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération. (...) Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. » ;

Considérant tout d'abord qu'en retenant comme un des éléments d'appréciation de la valeur technique de l'offre la « capacité de production » du candidat, le Département de la Haute-Loire n'a pas entendu se référer au niveau de capacité professionnelle, technique et financière mentionné dans le règlement de la consultation que doit remplir le candidat en vertu de l'article 52 du code des marchés publics, et encore moins exclure les entreprises non productrices, mais seulement prendre en compte au niveau de l'examen de l'offre, les capacités et les moyens mis en œuvre sur les sites de production pouvant permettre l'exécution du marché ; que ce critère était pertinent, s'agissant d'un marché sur bons de commande passé sans maximum ni minimum pour la fourniture de sel de déneigement dans un département de moyenne montagne soumis à de très fortes variations des conditions hivernales de circulation ;

Considérant ensuite qu'à supposer même que la requérante ait été désavantagée par rapport à son principal concurrent qui est un producteur national alors qu'elle achète son sel en Afrique du Nord, le sous-critère de la capacité de production ne peut être regardé comme ayant un caractère discriminatoire dès lors que cette situation résulterait de l'état du marché et non d'une volonté du pouvoir adjudicateur de favoriser l'un des candidats ;

Considérant enfin que la société Quadrimex ne justifie pas que la circonstance que le Département a procédé à une pondération à parts égales des sous-critères de la valeur technique de l'offre qui n'était pas mentionnée dans le règlement de la consultation, a constitué un manquement à l'obligation de transparence de nature à influencer sur le contenu de son offre ou susceptible de la léser par rapport à ses concurrents qui ont soumissionné dans les mêmes conditions ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la requête de la société QUADRIMEX doit être rejetée ;

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

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, que le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée ; il peut, même d'office, ou pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ;

Considérant que ces dispositions font obstacle aux conclusions de la société Quadrimex dirigées contre le Département de la Haute-Loire qui n'est pas, dans la présente instance de référé, la partie perdante ; qu'il y a lieu en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la société QUADRIMEX à verser au Département de la Haute-Loire la somme de 2000 euros en application desdites dispositions ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société QUADRIMEX est rejetée ;

Article 2 : La société QUADRIMEX versera au Département de la Haute-Loire la somme de 2000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIÉTÉ QUADRIMEX et au Département de la Haute-Loire.

Fait à Clermont-Ferrand, le 25 novembre 2009

Le juge des référés,

Signé : Philippe DAMAY

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Loire 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 décision.

POUR EXPÉDITION CONFORME :
P/L. GREFFIER EN CHEF,
LE GREFFIER

