

TA107
Tribunal Administratif de Mayotte
2300993
2023-03-26
HOURCABIE
Décision
C
Satisfaction partielle

Vu la procédure suivante :

Par une requête et trois mémoires complémentaires, enregistrés le 23 février, 9, 10 et 17 mars 2023, la société en nom collectif (SNC) société mahoraise de travaux publics et de construction (SMTPC), représentée par Me Cabanes, demande au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, dans le dernier état de ses écritures :

- 1°) d'annuler l'ensemble des décisions se rapportant à la procédure de passation lancée par l'Etat en vue de l'attribution d'un marché global de performance portant sur la conception, la réalisation et l'exploitation-maintenance technique du collège de Bandraboua ;
- 2°) d'enjoindre à l'Etat, s'il entend conclure le contrat, de reprendre la procédure ;
- 3°) de mettre à la charge de cette commune une somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- il n'a pas été répondu à sa demande de précisions effectuée le 16 février 2023 ; l'Etat n'a absolument pas satisfait à ses obligations de publicité et de mise en concurrence conformément à l'article R. 2184-4 du code de la commande publique ;
- les critères de sélection et notamment le principal d'entre eux, n'ont pas été définis avec suffisamment de précision et la méthode de notation mise en œuvre est irrégulière ;
- la candidature de la société Fayolle Construction International (FCI) était irrégulière ;
- le jury était irrégulièrement composé faute d'inclure un paysagiste-concepteur parmi ses membres ;
- le jury n'a pas épuisé sa compétence et le dialogue compétitif s'est déroulé en méconnaissance frontale des dispositions de l'article R. 2171-18 du code de la commande publique.

Par trois mémoires en défense, enregistrés les 7, 10 et 16 mars 2023, le recteur de l'académie de Mayotte, représentée par Me Marchand, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- aucune rupture d'égalité de traitement n'a été commise en l'espèce ;
- le moyen tiré de l'erreur manifeste d'appréciation fondé sur l'appréciation de la valeur des offres est irrecevable ;
- l'analyse des offres n'est entachée d'aucune subjectivité
- le moyen tiré de l'absence de maximum en valeur ou en quantité n'est pas fondé.

Par un mémoire en défense, enregistré le 16 mars 2023, la société par actions simplifiée (SAS) Fayolle Construction International (FCI), représentée par Me Hourcacie, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante une somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable, dès lors que la société requérante ne justifie d'aucun intérêt lésé ;
- aucun des moyens n'est fondé.

Par un mémoire distinct, enregistré le 6 mars 2023 et présenté au titre des dispositions des articles R. 611-30 et R. 412-2-1 du code de justice administrative, le rectorat de Mayotte verse aux débats des pièces confidentielles qu'il indique être couvertes par le secret des affaires et demande qu'elles soient soustraites au contradictoire.

Vu :

- les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code des marchés publics ;

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

Vu la décision en date du 1er septembre 2022, prise en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, par laquelle le président du Tribunal a désigné M. Bauzerand, vice-président, en qualité de juge des référés.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience publique qui a eu lieu le 10 mars 2023 à 15 heures 00, le magistrat constituant la formation de jugement compétente siégeant au tribunal administratif de Saint Denis de La Réunion, dans les conditions prévues à l'article L. 781-1 et aux articles R. 781-1 et suivants du code de justice administrative, M. A, étant greffier d'audience au tribunal administratif de Mayotte.

Au cours de l'audience publique, M. B a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Michaud, substituant Me Cabanes, pour la société requérante qui conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens ;

- les observations de Me Gourdon, substituant Me Marchand, pour le recteur de Mayotte qui reprend ses écritures en défense.

Par ordonnance du 10 mars 2023, en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative, la clôture de l'instruction a été différée au 17 mars 2023 à 12h00.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel à la concurrence publié le 28 février 2022 au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), le recteur de l'académie de Mayotte a lancé une consultation, sous forme de dialogue compétitif, en vue de la passation d'un marché global de performance portant sur la conception, la réalisation et l'exploitation-maintenance technique du collège de Bandraboua. Par un courrier en date du 15 février 2023, le rectorat de Mayotte a informé la société mahoraise de travaux publics et de construction (SMTPC) que son offre n'était pas retenue et que le marché avait été attribué à la société Fayolle construction international (FCI). Par la présente requête, la société SMTPC demande au juge des référés précontractuels l'annulation de la procédure de passation de ce marché public et la reprise de celle-ci au stade de l'appel d'offres.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L ; 551-1 du code de justice administrative :

2. Aux termes des dispositions 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. ". L'article L. 551-2 du même code 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 " ;

3. 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 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.

Sur les conclusions aux fins d'annulation et d'injonction :

4. Aux termes de l'article R. 2142-3 du code de la commande publique : " Un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs. () ". Aux termes de l'article R. 2144-1 du

même code : " L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R. 2144-3 à R. 2144-5. ". Aux termes de l'article R. 2144-2 de ce code : " L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. () ". Enfin, l'article R. 2144-3 du même code dispose : " La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché. "

5. Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit tenir compte des capacités techniques et financières des candidats à l'attribution du marché. S'il a la faculté de demander à un candidat, dans le respect du principe d'égalité, de compléter son dossier afin qu'il puisse justifier de ses aptitudes, il ne peut légalement sélectionner l'offre d'un candidat qui n'a pas justifié de ses capacités.

6. Aux termes de l'article 3.2 du règlement de dialogue relatif aux documents à produire obligatoirement dans le cadre des candidatures : " () / 3. Déclaration du candidat (formulaire DC2) () / () / 5. Déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant des prestations similaires à celles auxquelles de réfère le présent avis, réalisés au cours des trois derniers exercices / 6. Les bilans ou extraits de bilan, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi. / () / Un opérateur économique qui participe à titre individuel, mais qui recourt aux capacités d'une ou de plusieurs autres entités, doit veiller à ce que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice reçoive à la fois son DUME et un DUME distinct contenant les informations pertinentes pour chacune des entités auxquelles il fait appel ; à savoir les informations demandées dans les sections A et B de la partie II et la partie III, dûment rempli et signé par les entités concernés et dans la mesure où cela est pertinent, au vu des capacités auxquelles l'opérateur économique a recours, les parties IV et V. / () "

7. Il résulte de l'instruction que la société FCI a produit dans son dossier de candidature une déclaration DC2 mentionnant un chiffre d'affaires hors taxes des trois derniers exercices disponibles concernant les années 2018 à 2020 et a présenté, à titre de références, les fiches concernant la réalisation d'un centre de réadaptation pour jeunes en difficulté à Québec (Canada) non livré, une école maternelle à Rueil-Malmaison (Hauts-de-Seine) livrée en 2019 et un groupe scolaire à Montréal (Canada) livré en 2019. Toutefois, il appert que la société FCI n'a été constituée que le 6 janvier 2022, ainsi que l'atteste l'extrait Kbis produit par la société requérante et qu'elle n'a donc pu assurer les chantiers, ni réaliser les chiffres d'affaires dont elle se prévaut. Si la société FCI fait valoir en défense qu'elle fait partie du groupe Francis Fayolle qui exerce ses activités tant en France qu'à l'international par l'intermédiaire de ses filiales, il est constant que ces éléments, à supposer qu'ils aient été portés à la connaissance du pouvoir adjudicateur lors de la consultation, ne figurent pas dans son dossier de candidature qui ne contient pas non plus d'engagement écrit de cette société de mettre à disposition ses capacités pour l'exécution des prestations conformément aux dispositions précitées de l'article 3.2 du règlement de dialogue du marché litigieux.

L'attestation produite au cours du débat contentieux, non datée et signée sur papier libre par une personne ne mentionnant ni son titre ni sa fonction, ne saurait utilement corriger les manquements ci-dessus rappelés dont est entachée la candidature de la société attributaire. Enfin, le recteur de Mayotte n'allègue ni ne démontre qu'il aurait demandé à la société FCI de compléter à un moment ou à un autre son dossier de candidature afin qu'elle justifie pleinement de ses capacités.

8. Il suit de là qu'en examinant l'offre de la société Fayolle Construction International dont le dossier ne permettait pas de prendre en compte ses capacités professionnelles, techniques et financières, le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions des articles R. 2144-1, R. 2144-2 et R. 2144-3 du code de la commande publique et a manqué gravement à ses obligations de mise en concurrence.

9. Aux termes de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique : " Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'exclusion, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur, produit, à l'appui de sa candidature, de faux renseignements ou documents, ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé. () ". Le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa

candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il présentait ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

10. Il n'est ni allégué ni établi que la candidature de la société SMTPC est irrecevable, ou que son offre ne revêtirait pas un caractère approprié, régulier et acceptable. Dès lors, le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu est, ainsi qu'il a été dit au point précédent, susceptible de l'avoir lésée, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres. Par suite, la société SMTPC est fondée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres manquements invoqués, à demander, d'une part, l'annulation de la procédure de passation du marché au litige à compter de l'examen des candidatures, d'autre part, à ce qu'il soit enjoint au recteur de Mayotte de se conformer à ses obligations de mise en concurrence en reprenant la procédure à compter de ce stade, s'il entend poursuivre la passation du marché.

Sur les frais du litige :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soient mises à la charge de la société SMTPC, les sommes demandées par le recteur de l'académie de Mayotte et la société FCI qu'elles demandent au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

12. Il y a lieu, en revanche, de faire application de ces mêmes dispositions et de mettre à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros à verser à la SNC SMTPC au titre des mêmes frais.

ORDONNE :

Article 1er : La procédure de passation du marché global de performance portant sur la conception, la réalisation et l'exploitation-maintenance technique du collège de Bandraboua est annulée.

Article 2 : L'Etat versera à la société SMTPC une somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions du recteur de Mayotte et de la société FCI tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la Société mahoraise de travaux public et de construction, à la société Fayolle construction international et au recteur de l'académie de Mayotte.

Fait à Mamoudzou, le 28 mars 2023.

Le juge des référés,

Ch. B

La République mande et ordonne au préfet de Mayotte en ce qui le concerne ou à tous commissaires 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.

N°2300993