

TA34
Tribunal Administratif de Montpellier
2405599
2024-10-23
CABINET ACOCE AVOCATS
Décision
Plein contentieux
C
Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires, enregistrés les 27 septembre, 11 et 21 octobre 2024, la société par action simplifiée N Sécurité, représentée par Me Aldigier, demande, dans le dernier état de ses écritures, au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché public de services de surveillance et de gardiennage du port de Sète par l'établissement public Port Sud de France ;

2°) d'enjoindre à l'établissement public Port Sud de France, s'il entend poursuivre la procédure, de reprendre celle-ci en qualité de pouvoir adjudicateur et dans le respect des motifs de la décision de référé à intervenir ;

3°) de mettre à la charge de l'établissement public Port Sud de France la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre de la société attributaire est irrégulière dès lors qu'en méconnaissance de l'article 3.2 du règlement de la consultation exigeant de décrire, dans le mémoire à joindre à l'offre, les compétences et expériences en matière portuaire des agents du titulaire, c'est-à-dire les compétences et expériences des agents dédiés à la mission faisant l'objet du marché, elle s'est bornée à présenter ses références en matière de gardiennage, telles que celles afférentes à l'aéroport d'Orly, au port de Ouistreham, à deux gares " SNCF " et au centre nucléaire de production d'électricité de Flamanville :

- la procédure est irrégulière car en violation des directives n° 2014/24/UE et 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, transposées aux articles L. 1212-1 à L. 1212-4 du code de la commande publique, l'établissement public Port Sud de France a eu recours à un marché négocié, visé à l'article R. 2124-4 du code de la commande publique, qui ne lui est ouvert, qu'en sa qualité d'entité adjudicatrice " exploitante d'une aire géographique aux fins de mettre un port maritime à la disposition des entreprises de transport maritime ", que pour les marchés destinés, à titre principal, à l'exercice de cette seule activité, ce qui ne correspond pas, au principal, aux prestations de surveillance objet du présent marché, ni, au surplus, à l'activité de la criée ou celle du port de plaisance pourtant aussi concernées ; et cette méconnaissance des obligations de mise en concurrence l'a lésée puisque le second tour a permis, d'une part, aux soumissionnaires de présenter une nouvelle proposition financière, d'autre part, à l'acheteur d'intégrer une nouvelle prestation dans le cahier des charges, non prévue initialement (équipe cynophile spécialisée en explosifs) qui a pu peser sur la notation du critère technique ;

- la méthode de notation du prix est viciée, dès lors que la pondération de 40% retenue pour ce critère est ventilée selon 10 % pour le marché du service de gardiennage du marché à la criée contre seulement 20% pour le forfait relatif à la sécurité du port de commerce, ce qui est décorrélé de la part respective de ces deux éléments dans le prix global et a conduit à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée au meilleur prix, le sien ; ce qui l'a nécessairement lésée ;

- l'évaluation des offres sur le sous-critère relatif aux compétences professionnelles des agents et à leur expérience dans les milieux portuaires ou aéroportuaires au regard des seules références des

entreprises candidates, et non de l'expérience et des compétences personnelles des agents affectés à la mission, n'a pas été effectuée conformément au règlement de la consultation, comme cela ressort du rapport d'analyse des offres ; ce qui a été de nature à la léser, eu égard au faible écart de notation finale, les deux candidates ayant obtenu la même note en la matière ;

- la méthode de notation du critère " technique " est viciée, dès lors que tous les éléments d'appréciation du critère technique ont été définis postérieurement à l'ouverture des plis en violation de la jurisprudence (CJUE, 14 juillet 2016, TNS Dimarso NV c/ Vlaams Gewest, aff. C-6/15), cela n'est pas contesté et il ressort de la lecture du rapport d'analyse des offres, rédigé postérieurement à la négociation, que plusieurs éléments d'appréciation utilisés par l'acheteur pour juger du critère " technique " ont trait à la détection d'explosifs, prestation qui n'était pas prévue au cahier des charges initial du marché et n'a été envisagée, par modification du BPU le 9 août 2024, que postérieurement à la remise initiale des plis, alors que, parallèlement, des éléments positifs de son offre n'ont pas été pris en compte, ce qui l'a lésée dès lors qu'à la lecture du même document, on retire que l'acheteur a attaché une importance particulière au matériel de détection d'explosif, qui représente pour chaque offre environ la moitié des développements et qu'elle-même a perdu 5 points sur le critère technique au cours de la négociation alors même que son offre technique n'a pas évolué postérieurement à la remise de son offre initiale, sauf pour y ajouter la proposition d'équipe cynophile spécialisée en détection d'explosif sollicité.

Par un mémoire enregistré le 18 octobre 2024, l'établissement public Port Sud de France, représenté par Me Meneau, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante la somme de 2 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- les achats ou les activités d'exploitation, visés au 3° de l'article L. 1212-3 du code de la commande publique, destinés à la mise à disposition d'un port maritime aux entreprises de transport au sens de l'article 12 " Ports et aéroports " de la directive 2014/25/UE, recouvrent nécessairement des activités et achats qui permettent cette mise à disposition et l'article L 2000-5 dudit code porte sur la possibilité de passer des marchés mixtes principalement liés à cette activité, l'article 5 de la même directive prévoyant qu'un marché destiné à couvrir plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné ; en l'espèce, le marché pour des prestations de gardiennage et surveillance des sites gérés par Port Sud de France concerne bien, principalement le port de commerce, donc sur une activité d'exploitation destinée à l'organisation du port maritime et entre dans le champ d'application de la directive 2014/25/UE et l'article L. 1212- 3 du code de la commande publique ; en tout état de cause, la lésion n'est pas établie, la société requérante a été admise à la négociation et a donc été en mesure de faire évoluer son offre, en toute égalité avec les autres candidats, et, en tout état de cause la négociation permise par la procédure choisie n'a pas fait évoluer la position de la requérante dans le classement ;

- sur les 40 points à attribuer aux prix, il a été choisi d'en attribuer 20 au forfait " port de commerce ", 10 au forfait " port de pêche " et 10 au DQE issu des prix unitaires, afin que les candidats puissent accorder autant d'importance au forfait annuel port de commerce qu'au deux autres prix, car si la pondération sur ces deux prix avait été inférieure à 5 points, cela aurait pu inciter les candidats à proposer un prix non optimisé pour l'activité pêche qui est une activité en difficulté financièrement et à la recherche d'économie ; en outre cette pondération était clairement affichée dans le règlement de la consultation ;

- l'offre de la société attributaire n'est pas irrégulière, il était demandé des compétences et des expériences pour les agents du titulaire en matière portuaires et/ou aéroportuaires et, il ressort de l'analyse des offres que les agents affectés par cette société ont une expérience sur l'aéroport d'Orly et le port de Ouistreham et l'analyse a été faite de façon équivalente pour la société requérante en précisant que les agents ont une expérience sur le port de plaisance de Carnon et Port Sud de France ;

- le sous-critère " compétences/expériences " visant à noter les compétences des agents du titulaire et leur expérience dans le milieu portuaire ou aéroportuaire, qui est lien direct avec l'objet du marché, est régulier et il a été apprécié comme tel pour ce qui concerne les personnels d'encadrement ;

- la société requérante, qui a obtenu une note de 20/30 au sous-critère " moyens humains et matériels proposés " et n'établit pas la discrimination de son offre, ne peut utilement se prévaloir devant le juge du référé précontractuel, d'une erreur manifeste d'appréciation de celle-ci ;

- dans le cadre de la négociation, comme le permettent les articles R. 2161-17 et R. 2161-19 du code de la commande publique, les deux candidats retenus ont été informés que le DCE a été modifié pour ajouter une nouvelle prestation à prix unitaires (3 nouveaux prix unitaires, les deux premiers étant décomposés suivant les horaires de réalisation de la prestation) portant sur la

détection d'explosif, de sorte qu'il a pu en être régulièrement tenu compte, il ne s'agit pas d'un changement de méthode d'évaluation des offres.

Port Sud de France a produit, le 21 octobre 2024 à l'audience, à la demande du Tribunal, à titre confidentiel, sous le bénéfice des dispositions de l'article R. 412-2-1 du code justice administrative, le rapport d'analyse des offres et le mémoire technique de la société attributaire.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique,
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Eric Souteyrand, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 21 octobre 2024 :

- le rapport de M. Souteyrand ;
- les observations de Me Aldigier, représentant la société N Sécurité, qui maintient que la méthode de notation est viciée dès lors qu'elle a été arrêtée postérieurement à l'ouverture des plis ;
- et de Me Menneau pour Port Sud de France qui fait valoir qu'il n'est pas établi que la méthode de notation a été établie en vue de discriminer l'offre de la société requérante ; qu'en outre les salariés de la société titulaire devant être obligatoirement repris, l'offre de la société attributaire était complète et régulière en se bornant, s'agissant des compétences et des expériences pour les agents du titulaire à mentionner que le chef de site sera maintenu, en tout état de cause, l'incomplétude demeurerait régularisable au stade de la négociation.

Il a été demandé aux parties de produire, par notes en délibéré, tous les éléments de nature à éclairer le tribunal sur les conditions dans lesquelles, en application des conventions collectives, sont ou non obligatoirement repris les personnels de la société en l'état attributaire du marché dans le cas où elle ne serait pas reconduite.

Vu les notes en délibéré enregistrées les 22 et 23 octobre pour la société requérante.

La clôture de l'instruction a été fixée au 23 octobre 2024 à 15 heures.

Vu la note en délibéré enregistrée le 23 octobre 2024 à 9 h 51 pour Port Sud de France qui a été communiquée.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence en date du 20 février 2024, l'établissement public régional Port Sud de France a lancé, en qualité d'entité adjudicatrice, un avis d'appel public à la concurrence pour un marché public de services de surveillance et de gardiennage du port de Sète. La société N Sécurité, titulaire sortant du marché, dont l'offre a été rejeté le 17 septembre 2024, demande, dans le dernier de ses écritures, l'annulation de la procédure d'attribution du marché négocié.

Sur les conclusions en annulation de la procédure :

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 () / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". Aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : " I. 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 () ". Et, aux termes de l'article L. 551-10 du même code : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué () ".

3. En premier lieu, aux termes de l'article L. 1212-1 du code de la commande publique: " Les entités adjudicatrices sont : 1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 () ". L'article L. 1212-3 dudit code dispose : " Sont des activités d'opérateur de réseaux : 3° Les achats ou les activités d'exploitation destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux ; () ". Et, aux termes de l'article L 2000-5 du même code : " Lorsqu'un acheteur décide de conclure un marché public unique relevant du livre 1er destiné à

répondre à un besoin concernant à la fois ses activités de pouvoir adjudicateur et ses activités d'entité adjudicatrice, les règles du livre Ier applicables sont : 1° Les règles applicables aux entités adjudicatrices, lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité d'entité adjudicatrice ; 2° Les règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs, lorsque le besoin à satisfaire est principalement lié à l'activité de pouvoir adjudicateur ou s'il est impossible de déterminer à quelle activité ce marché public est principalement destiné. "

4. Il résulte de l'instruction, notamment de l'article 3.1 du CCTP que l'objet du marché en litige porte sur la sécurité et la sûreté, principalement du port de commerce, et des activités s'y déroulant, sur une zone de 140 hectares destinée aux activités des transporteurs maritimes et plus accessoirement, sur des zones plus réduites, du port de pêche et du port de plaisance. Cette mission relève donc, à titre principal, des " achats ou activités d'exploitation ", visés au 3° précité de l'article L. 1212-3 du code de la commande publique, destinés à la mise à disposition d'un port maritime aux entreprises de transport au sens de l'article 12 " Ports et aéroports " de la directive 2014/25/UE, l'article 5 de la même directive prévoyant qu'un marché destiné à couvrir plusieurs activités suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est principalement destiné, en l'espèce, le marché pour des prestations de gardiennage et surveillance des sites gérés par Port Sud de France concerne bien, principalement le port de commerce. Par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le Port Sud de France a lancé le marché en litige, en qualité d'entité adjudicatrice, selon la procédure prévue aux articles R. 2161-21 et R. 2161-22 du code de la commande publique. En tout état de cause, la société requérante ayant été sélectionnée pour participer à la phase de négociation permise par cette procédure, elle n'établit pas qu'en y recourant l'entité adjudicatrice est susceptible d'avoir lésé son intérêt.

5. En deuxième lieu, le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie.

6. La société requérante soutient, sans être contestée, que tous les éléments d'appréciation du critère technique ont été définis postérieurement à l'ouverture des plis. Toutefois, elle n'établit pas que la méthode de notation a conduit à la discriminer en se prévalant de la circonstance que son offre a subi, après négociation, une perte de cinq points sur le critère technique sans que celle-ci ait substantiellement évolué en la matière, alors qu'il résulte de l'instruction que l'entité adjudicatrice a, dans l'intervalle, pris, en plus en compte, au titre du sous-critère " moyens humains et matériels proposés ", les conditions d'une mise à disposition d'une équipe cynophile spécialisée en détection d'explosif, qui correspond à une demande nouvelle, régulièrement introduite le 30 juillet 2024 durant la phase de négociation, et que la requérante n'établit pas que l'acheteur a dénaturé son offre lors de l'appréciation du critère technique.

7. En troisième lieu, 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 méconnaissant ou 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.

8. L'article 3.2 du règlement de la consultation prévoit que les candidats décrivent dans leur offre " les compétences et expériences en matière portuaire des agents du titulaire ". Pourtant, il résulte du rapport d'analyse des offres que, pour apprécier le sous-critère correspondant du critère technique, d'une valeur de 10 points sur 60, l'acheteur a seulement fait mention des références générales des deux entreprises candidates en leur attribuant la note maximale de 10 points à chacune. Mais, il ressort de son mémoire technique que l'entreprise attributaire s'engageait à reprendre, comme la convention collective applicable le prévoit sous la condition qu'ils ne s'y opposent pas en démissionnant, tous les personnels affectés au marché de la société N Sécurité titulaire sortante, dont la responsable de site, pour laquelle la requérante avait présenté toutes les références professionnelles. De sorte que Port Sud de France s'est trouvé confronté à apprécier et comparer des références identiques pour les deux sociétés candidates. Par suite, en attribuant la même note

aux deux sociétés pour ce sous-critère, Port Sud de France n'a pas directement méconnu son propre règlement et, en tout état, cette appréciation n'a pas été susceptible de léser la société requérante.

9. En quatrième lieu, aux termes de l'article L. 2152-2 du code de la commande publique : " Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. ". Enfin, Aux termes de l'article R. 2152-2 du même code : " Dans toutes les procédures, 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. () "

10. Compte-tenu de ce qui a été dit au point 6 précédent, en se bornant à mentionner au paragraphe 2 " Effectif agent site " de son mémoire technique, qu'elle entendait maintenir les postes et le personnel du titulaire du marché, dont le chef de site, la société attributaire a permis à Port Sud de France d'apprécier son offre au regard du sous-critère précité " les compétences et expériences en matière portuaire des agents du titulaire ". De sorte que le moyen tiré de l'incomplétude de l'offre de la société Challancin Prévention Sécurité doit être écarté.

11. En cinquième lieu, l'article L. 2152-7 du code de la commande publique dispose : " Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution (). Le lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément aux articles L. 2112-2 à L. 2112-4. ". L'article L. 2152-8 dudit code dispose : " Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. ". Et, aux termes de l'article R. 2152-7 du même code : " Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde : () 2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. () "

12. Aux termes de l'article 5.2 du règlement de la consultation le critère " prix " est affecté d'une pondération de 40 %, répartie pour 20 % au titre du forfait annuel pour le service de surveillance et gardiennage du port de commerce, 10 % au titre du forfait annuel pour le service de gardiennage du marché à la criée et 10 % au titre des prestations facturées à prix unitaire, correspondant au montant total du détail quantitatif estimatif. Or, il résulte de l'instruction que pour chacun des deux candidats, le prix proposé pour le forfait correspondant au service de gardiennage du marché à la criée représente moins de 5% de celui du service de surveillance et gardiennage du port de commerce. Par suite, et alors même que l'établissement public du Port de Sète expose que le choix d'un simple écart de 1 à 2 entre la pondération respective des prix de ces deux prestations s'est imposé pour éviter qu'une pondération trop faible du prix du service de gardiennage du marché à la criée n'incite les candidats à proposer un prix non optimisé dans un contexte où l'activité pêche est en difficulté financièrement et à la recherche d'économie, cette pondération était de nature à créer une situation dans laquelle la meilleure offre sur la prestation représentant 95 % de la valeur du marché soit écartée, et qu'en conséquence, l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas retenue. En retenant cette pondération manifestement inadaptée, l'établissement public du Port de Sète a donc méconnu les dispositions de l'article L. 2152-7 précité du code de la commande publique et donc ses obligations de mise en concurrence.

13. Toutefois, il résulte de l'instruction qu'en application de la pondération inadéquate respective des deux forfaits annuels susmentionnés pour le service de surveillance et gardiennage du port de commerce, d'une part, et le service de gardiennage du marché à la criée, d'autre part, les deux sociétés candidates ont obtenu, au total, la même note de 32,7 points sur 40 sur le critère du prix, laquelle ne reflète pas l'avantage que la société requérante aurait tiré du fait que le prix qu'elle a proposé pour le forfait principal relatif au port de commerce est 5% inférieur à celui de l'attributaire qui ne tire un avantage que de 9% sur le prix du forfait port de pêche. Toutefois, en se plaçant dans la situation la plus favorable pour la société requérante consistant à appliquer, au total des deux prix des deux forfaits, la pondération cumulée de 30%, l'avantage de la société N Sécurité n'excéderait pas deux points au titre du critère prix, de sorte qu'en égard à l'écart de 10 points qui sépare les deux offres sur le critère technique, la société requérante n'établit pas que le manquement de l'établissement public du Port de Sète a été susceptible de l'avoir lésée.

14. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions de la requête de la société N Sécurité en annulation de la procédure lancée par l'établissement public Port Sud de France en vue de

l'attribution du marché public de services de surveillance et de gardiennage du port de Sète doivent être rejetées.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

15. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de Port Sud de France, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande la société N Sécurité au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Et, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de cette dernière une somme à verser à Port Sud de France au titre des mêmes dispositions.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la Sas N Sécurité est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de Port Sud de France en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la Sas N Sécurité, à l'établissement public Port Sud de France et à la Sas Challancin Prévention Sécurité.

Fait à Montpellier, le 23 octobre 2024,

Le juge des référés,

E. Souteyrand

La greffière

M-A. Barthélémy La République mande et ordonne au préfet de l'Hérault 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.

Pour expédition conforme,

Montpellier, le 23 octobre 2024.

La greffière,

M-A. Barthélémy