

TA93  
Tribunal Administratif de Montreuil  
2218196  
2023-01-17  
FIDAL DIRECTION PARIS  
Décision  
Excès de pouvoir

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés respectivement les 21 décembre 2022 et 5 janvier 2023, la société Saint-Denis constructions, représentée par Me Grange, demande au juge des référés statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'enjoindre à la commune de Saint-Denis de lui communiquer les caractéristiques et avantages de l'offre retenue et de surseoir dans l'attente de cette production ;

2°) d'annuler toutes les décisions se rapportant à la procédure de passation du lot n°1 du marché public des travaux de rénovation du palais des sports Auguste Delaune ;

3°) d'enjoindre à la commune de Saint-Denis, si elle entend poursuivre la procédure, de la reprendre au stade de l'analyse des offres ;

4°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Denis la somme de 1500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la commune de Saint-Denis a méconnu les dispositions de l'article R. 2181-2 du code de la commande publique dès lors que sa réponse à la demande d'information qu'elle lui a adressé le 19 décembre 2022 ne comporte pas d'information relative aux caractéristiques et avantages de l'offre retenue ;
- deux offres ont été présentées par deux sociétés, la société Carl construction et la société E-Bat-CR, qui sont dirigées par la même personne. Il n'y a pas d'autonomie commerciale ni d'indépendance entre ces sociétés. Dans ces conditions, l'offre de l'attributaire, la société Carl construction, devait être rejetée comme irrégulière ; par ailleurs, en proposant un délai de réalisation de onze mois, la société Carl construction n'a pas respecté le délai d'exécution prévu par les documents de la consultation, de sorte que, pour ce second motif, son offre est également irrégulière ;
- la commune n'a pas respecté l'égalité de traitement entre candidats pendant la phase de négociation, dès lors que la société Carl construction a nécessairement bénéficié de l'invitation à la société E-Bat-CR d'optimiser son planning ce qui lui a permis de proposer un planning sur onze mois ;
- elle a méconnu les obligations pesant sur elle en n'apportant pas de précision sur les critères d'attribution et leurs conditions de mise en œuvre ;
- la méthode de notation des offres est irrégulière dès lors, d'une part, que la commune n'a pas respecté la pondération annoncée, d'autre part, que la méthode de notation des trois sous-critères de la valeur technique aboutit à neutraliser le critère du prix ;
- son offre a été dénaturée : s'agissant du sous-critère organisation, la commune a tout particulièrement noté le mode opératoire envisagé pour réaliser les travaux décrits à l'article 3.2.14 du CCTP, relatifs à la dalle en béton armé du chantier, sans prendre en compte, effectivement, sa réponse à la demande de précision qu'elle lui avait adressé ; s'agissant du sous-critère relatif à l'excellence environnementale, l'attributaire a obtenu une note excellente à raison de ce qu'elle a proposé d'embaucher du personnel en insertion sur un volume horaire d'au moins 3500 heures, alors que le sous-critère ne portait pas sur le nombre d'heure d'insertion mais sur les réponses apportées à la charte en faveur de l'emploi et du développement territorial, laquelle n'était d'ailleurs

pas jointe aux documents de la consultation ; en tout état de cause un volume horaire de 500 heures d'insertion supplémentaire ne justifie pas de qualifier une offre d'irréprochable.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 4 et 9 janvier 2023, la commune de Saint-Denis, représentée par Me Charvin, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de la société Saint-Denis constructions sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a délégué M. Gauchard, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 6 janvier à 9h30, en présence de Mme Jarrin, greffier d'audience, M. A a lu son rapport et entendu les observations de Me Perriez substituant Me Grange, représentant la société Saint-Denis constructions et de Me Charvin, représentant la commune de Saint-Denis.

La société Carl construction, régulièrement convoquée, n'étant pas présente ni représentée.

A l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction a été différée au lundi 9 janvier à 11h.

Par un mémoire, enregistré le 9 janvier 2023, la commune de Saint-Denis conclut aux mêmes fins que celles de son mémoire en défense.

Par une ordonnance du 9 janvier 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 10 janvier 2023 à 12h.

Par un mémoire enregistré le 10 janvier 2023, la société Saint-Denis constructions conclut aux mêmes fins que sa requête par les mêmes moyens.

Elle soutient en outre :

- qu'en tout état de cause, en s'abstenant de vérifier si les offres présentées par la société Carl construction et E-Bat-CR ont pu être déposées de manière indépendante et autonome, la commune de Saint-Denis a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- que s'agissant de la dénaturation de son offre, il ressort des pièces produites par la commune, que l'optimisation du calendrier était un sous-critère d'appréciation des offres, qui n'était pas annoncé dans les pièces de la consultation ;

- que les documents de la consultation ne prévoient pas la démolition intégrale de la dalle du rez-de-chaussée ; l'article 3.2.14 du CCTP ne pouvait concerner que la réalisation des dalles hautes.

Par une ordonnance du 10 janvier 2023, la clôture de l'instruction a été fixée au 11 janvier à 9h.

La commune de Saint-Denis a produit un mémoire, enregistré le 11 janvier 2023, qui n'a pas été communiqué.

Considérant ce qui suit :

1. Après le lancement, en avril 2022, d'une première consultation déclarée sans suite, la commune de Saint-Denis (93200) a, par un avis d'appel public à la concurrence du 23 septembre 2022, lancé une consultation en vue de la conclusion d'un marché public de travaux ayant pour objet la rénovation du palais des sports Auguste Delaune. Quatre offres ont été présentées au titre du lot n° 1 " démolition et recloisonnement " de ce marché, dont une par la société Saint-Denis constructions, une par la société Carl construction et une par la société E-Bat-CR. Par une lettre du 16 décembre 2022, la société Saint-Denis constructions a été informée du rejet de son offre et de l'attribution du marché à la société Carl construction. La société Saint-Denis constructions demande au juge des référés d'enjoindre à la commune de Saint-Denis de lui communiquer les caractéristiques et avantages de l'offre retenue et de surseoir dans l'attente de cette production, d'annuler toutes les décisions se rapportant à la procédure de passation du lot n° 1 du marché public de travaux précité et d'enjoindre à la commune, si elle entend poursuivre la procédure, de la reprendre au stade de l'analyse des offres.

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, 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 : " 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.

S'agissant du manquement aux obligations d'information :

4. Aux termes des dispositions de l'article R. 2181-2 du code de la commande publique, applicable aux marchés passés selon une procédure adaptée : " Tout candidat ou soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été rejetée peut obtenir les motifs de ce rejet dans un délai de quinze jours à compter de la réception de sa demande à l'acheteur./ Lorsque l'offre de ce soumissionnaire n'était ni inappropriée, ni irrégulière, ni inacceptable, l'acheteur lui communique en outre les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché. " L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise évincée en application de ces dispositions a notamment pour objet de lui permettre 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. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées à l'article précité du code de la commande publique 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 CJA, 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.

5. Le courrier du 16 décembre 2022 informant la requérante du rejet de son offre comporte, en annexe, le tableau des notes obtenues par elle ainsi que par la société Carl construction qualifiée de " candidat retenu " par le courrier, ledit tableau précisant le montant de chaque offre. Ce courrier et son annexe permettent donc, d'une part, de connaître le nom de l'attributaire du marché, d'autre part, par comparaison, les critères et sous-critères au titre desquels la requérante a obtenu des notes inférieures à sa concurrente. Ainsi, les motifs du rejet de l'offre de la société requérante se déduisaient nécessairement de ce courrier. De plus, par un courrier du 22 décembre 2022 la commune de Saint-Denis a, en réponse à une demande du 19 décembre précédent de la société Saint-Denis constructions, communiqué à cette dernière le rapport d'analyse des offres, le tableau d'analyse des offres du lot n°1 comportant le détail des mentions relatives à son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre du candidat retenu, occulté de données non communicables selon la commune. Enfin, en dernier lieu, la commune a, dans le cadre de la présente procédure, produit ces pièces, non occultées, au soutien de son mémoire enregistré le 9 janvier 2023 et communiqué le jour même. Dans ces conditions, à la date à laquelle le juge des référés statue, la requérante a obtenu l'ensemble des informations mentionnées à l'article précité du code de la commande publique et le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour lui permettre de contester utilement son éviction. Le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions précitées de l'article R. 2181-2 du code de la commande publique doit être écarté. Les conclusions de la requête tendant à ce que le juge des référés sursoit à statuer dans l'attente de la production des caractéristiques et avantages de l'offre retenue doivent être rejetées.

S'agissant de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire :

6. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ". L'article L. 2152-2 du même code précise qu'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 ".

En ce qui concerne la présentation de deux offres par un seul et même soumissionnaire :

7. Aux termes de l'article L. 1220-1 du code de la commande publique : " Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services ". L'article L. 1220-2 du même code dispose : " Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique ", et selon son article L. 1220-3 " Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique ". Il résulte de ces dispositions que si des personnes morales différentes constituent en principe des opérateurs économiques distincts, elles doivent néanmoins être regardées comme un seul et même soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur constate leur absence d'autonomie commerciale, résultant notamment des liens étroits entre leurs actionnaires ou leurs dirigeants, qui peut se manifester par l'absence totale ou partielle de moyens distincts ou la similarité de leurs offres pour un même lot.

8. Il résulte de l'instruction et il ressort notamment des termes de leurs statuts respectifs que les sociétés Carl construction et E-BAT-CR développent la même activité principale dans le domaine des " travaux de réhabilitation dans le bâtiment, le génie civil et les travaux publics ". La société Carl construction, qui a son siège social au , est présidée par et a pour directrice générale Mme , son épouse, laquelle est présidente de la société E-BAT-CR, qui a son siège social au et , sont par ailleurs les deux associés de la société financière C et N, qui a son siège social à la même adresse que la société Carl construction et qui a notamment pour objet la gestion de tous services " administratifs, comptables et financiers, sociaux ou commerciaux " des sociétés qu'elle contrôle. Si les statuts de la société E-BAT-CR permettent la nomination d'un directeur général, il ne résulte pas de l'instruction que tel aurait été le cas et la société Saint-Denis constructions soutient, sans être contredite sur ce point, que exerce, en qualité de présidente et en l'absence de directeur général, la direction de la société E-BAT-CR. Ainsi, la requérante est fondée à soutenir, dans la présente instance, que doit être regardée comme exerçant la fonction de direction des sociétés Carl construction et E-BAT-CR. Toutefois, il résulte de l'instruction et il ressort notamment du tableau d'analyse des offres après négociations que les sociétés Carl construction et E-BAT-CR ont présenté des offres différentes. Dans ces conditions, la seule circonstance que ces sociétés soient des PME comptant " une dizaine de salariés ", selon la requérante, n'est pas, à elle seule, de nature à permettre de constater une absence d'autonomie commerciale de l'une vis-à-vis de l'autre ni de faire considérer que ces sociétés ne disposent pas de moyens distincts. Dans ces conditions, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le pouvoir adjudicateur devait regarder les sociétés Carl construction et E-BAT-CR comme un seul et même soumissionnaire ayant présenté deux offres pour un même lot et, en conséquence, écarter leurs offres comme irrégulières.

En ce qui concerne le non-respect du délai d'exécution prévu par les documents de la consultation :  
9. Selon l'article 1er du règlement de la consultation, le délai d'exécution des prestations est, pour chacun des trois lots, d'un mois de préparation et de douze mois de travaux, soit un délai global de treize mois. L'article 4 du cahier des clauses administratives particulières précise que la période de préparation sera de trente jours avec un début prévisionnel le 1er décembre 2022 et que la période d'exécution sera, pour chacun des trois lots, de douze mois, avec, pour chacun d'eux, un début prévisionnel le 1er janvier 2023. Cet article stipule en outre que le délai d'exécution s'entend comme la période comprise entre la date de début des travaux et la date de leur achèvement et comprend " le repliement des installations de chantier et la remise en état des terrains et des lieux ".

10. L'article 4 du cahier des clauses administratives particulières prévoit que pendant la période de préparation, les titulaires des trois lots " élaborent de façon concertée un calendrier détaillé d'exécution qui indique la répartition calendaire des interventions de chaque lot au sein de la durée globale des travaux ". Il en résulte, alors que, comme il a été dit au point 9, la date du début prévisionnel des travaux est identique pour les trois lots, que l'attribution d'un lot et notamment du lot n° 1, relatif au gros œuvre, à une offre basée sur un délai d'exécution différent du délai d'exécution rappelé au point 9 aurait pour effet de faire obstacle à l'élaboration d'un calendrier d'exécution commun aux trois lots. Ainsi, ces dispositions du cahier des clauses administratives particulières imposent que les trois lots soient attribués à des entreprises ayant présenté une même durée globale des travaux, soit, nécessairement, la durée globale de treize mois incluant un mois de préparation et de douze mois de travaux, seule durée prévue au règlement de la consultation et au cahier des clauses administratives particulières. De plus, l'article 1.2 du cahier des clauses techniques particulières du lot litigieux stipule, qu'outre les travaux qui lui sont confiés, le titulaire du lot n° 1 " () doit l'installation et l'entretien d'une base de vie sur la totalité de l'opération () ainsi que les protections et le nettoyage quotidien de l'installation de chantier et de la zone en travaux ".

Dans ces conditions, les pièces de la consultation confient au titulaire du lot n°1 des prestations, y compris au bénéfice des titulaires des autres lots concourant à l'opération de travaux, ce jusqu'au terme du délai d'exécution, soit, compte tenu de ce qui a été dit au point 19 jusqu'au repliement des installations de chantier de chacune des entreprises titulaires des trois lots et à la remise en état des terrains et des lieux. Ainsi, dès lors qu'au stade de la présentation de son offre au titre du lot n°1, une entreprise ne peut escompter que les offres présentées au titre des deux autres lots seront basées sur un calendrier global inférieur à treize mois et d'une durée identique au calendrier proposé par elle, le cahier des clauses techniques particulières du lot n°1 impose à une offre présentée au titre de ce lot de respecter un calendrier global de treize mois, incluant un mois de préparation et de douze mois de travaux, seul calendrier global commun aux offres présentées au titre des autres lots. Il suit de là, d'une part, que la commune de Saint-Denis n'est pas fondée à soutenir que le délai d'exécution indiqué dans les documents de la consultation s'entendait, non comme un délai impératif mais comme un délai maximal susceptible d'être " optimisé ", d'autre part, que l'offre de l'attributaire, présentée sur un délai global de onze mois incluant le temps de préparation, ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation et est, comme telle, irrégulière.

11. Toutefois, l'article 3.2.14 du cahier des clauses techniques particulières du lot n°1, s'il prévoit la réalisation d'une dalle " à 2,60 m de hauteur du sol fini ", prévoit également la réalisation d'une dalle en béton au rez de chaussée " en complément des 4 zones sanitaires du R + 2 " selon un plan intégré audit article. Il résulte de l'instruction et il ressort notamment des termes de l'analyse des offres que l'offre de la société Saint-Denis constructions, qui, au demeurant, persiste dans la présente instance sur le bien-fondé de sa position, décrit uniquement une dalle de plafond sans prendre en compte la réalisation d'une dalle béton au niveau du sol au rez-de-chaussée. Il en résulte que, comme le relève l'analyse des offres sans en tirer toutefois aucune conséquence autre que sur la notation du sous-critère " organisation du chantier " du critère " valeur technique " : " Sur ce point précis du chantier, le mode opératoire ne correspond pas aux travaux attendus ". Dans ces conditions, l'offre de la société requérante, ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation et est, comme telle, irrégulière. Il suit de là que le manquement, relevé au point 10, commis par la commune de Saint-Denis, ainsi que l'ensemble des autres manquements allégués par la société Saint-Denis constructions, qui ne sont pas la cause de l'irrégularité de son offre, ne sont pas susceptibles de l'avoir lésé. Dans ces conditions, ses conclusions tendant à l'annulation de toutes les décisions se rapportant à la procédure de passation du lot n° 1 du marché public des travaux de rénovation du palais des sports Auguste Delaune et aux fins d'injonction ne peuvent qu'être rejetées.

12. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Saint-Denis, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée sur ce fondement par la société Saint-Denis constructions. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu d'accorder à la commune de Saint-Denis la somme qu'elle demande sur ce fondement.

**ORDONNE :**

Article 1er : La requête de la société Saint-Denis constructions est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la commune de Saint-Denis tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la Société Saint-Denis constructions, à la Commune de Saint-Denis et à la société Carl construction.

Fait à Montreuil, le 17 janvier 2023.

Le juge des référés,

L. A

La République mande et ordonne au préfet de la Seine-Saint-Denis 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.