

TA44
Tribunal Administratif de Nantes
2407793
2024-06-25
SELARL SYMCHOWICZ-WEISSBERG
Ordonnance
Plein contentieux

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 27 mai et 18 juin 2024, la société Charier Génie civil (GC), représentée par Me Bardoul, demande 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 engagée par la commune de la Baule-Escoublac pour les travaux d'aménagement de la promenade de mer : ouvrages de génie civil ;
- 2°) d'enjoindre à la commune de la Baule-Escoublac de procéder à un nouvel appel d'offres ;
- 3°) de mettre à la charge de la commune de la Baule-Escoublac la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la commune a méconnu le règlement de la consultation en ne mettant pas en œuvre la procédure de négociation qu'elle prévoyait ;
- la commune a commis une irrégularité en modifiant sa méthode de notation en cours de procédure.

Par un mémoire en défense enregistré le 14 juin 2024, la commune de la Baule-Escoublac, représentée par Me Marchand, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société Charier Génie civil au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir qu'aucun des moyens invoqués par la société requérante n'est fondé.

Par un mémoire enregistré le 18 juin 2024, la société Entreprise des travaux publics de l'ouest (ETPO), représentée par Me Letellier, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société Charier Génie civil au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir qu'aucun des moyens invoqués par la société requérante n'est fondé.

Vu les pièces du dossier ;

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné M. Simon, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 19 juin 2024 à 15h00 en présence de Mme Labourel, greffière d'audience, M. Simon a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Bardoul, avocate de la société Charier Génie civil (GC) ;
- les observations de Me Gourdain, substituant Me Marchand, avocat de la commune de la Baule-Escoublac ;
- et les observations de Me Letellier, avocat de société Entreprise des travaux publics de l'ouest (ETPO).

Une note en délibérée, présentée par la société Charier Génie civil a été enregistrée le 24 juin 2024.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié au JOUE le 17 octobre 2023, la commune de la Baule-Escoublac a lancé une procédure avec négociation sur le fondement des articles L. 2124-3, R. 2124-3 et R. 2161-12, R. 2161-20 du code de la commande publique en vue de l'attribution d'un marché d'aménagement de la promenade de mer portant sur les ouvrages de génie civil. A l'issue d'une première phase de candidature, cinq groupements ont été sélectionnés parmi lesquels un groupement ayant pour mandataire la société Charier Génie civil ainsi qu'un groupement ayant pour mandataire la société Entreprise des travaux publics de l'ouest (ETPO). Un dossier de consultation-phase offre- a été communiqué aux groupements dont la candidature a été admise. En application de l'article 8.2 du règlement de la consultation, une phase d'audition et de négociation a été engagée avec les candidats les 21 et 22 mars 2024. Des comptes-rendus d'audition ont été adressés aux candidats et ceux-ci ont été invités à remettre leur offre finale avant le 16 avril 2024 à midi. Le 29 mars 2024, suite à une erreur du groupement de maîtrise d'œuvre, a été communiqué à un autre maître d'ouvrage l'extrait d'un document opérant une première analyse de la valeur technique de chacune des offres. Ledit maître d'ouvrage a lui-même mis en ligne ce document sur sa plateforme de dématérialisation, lequel a fait l'objet de 26 téléchargements par les opérateurs inscrits sur cette plateforme. Estimant que la diffusion de ce document de travail avait rompu la confidentialité des offres de telle manière qu'il y avait un risque d'atteinte au principe d'égalité entre les candidats, la commune a décidé de procéder au choix de l'attributaire exclusivement sur la base des offres initiales. Par courrier du 17 mai 2024, la société Charier Génie civil a été informée du rejet de son offre et de ce que le marché était attribué au groupement dont la société ETPO est le mandataire. Par sa requête, la société Charier Génie civil demande au juge des référés, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation litigieuse et d'enjoindre à la commune de la Baule-Escoublac de procéder à un nouvel appel d'offre.

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. / Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. ".

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.

4. En premier lieu, d'une part, aux termes de l'article L. 2124-3 du code de la commande publique : " La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.". Aux termes de l'article R. 2124-3 du même code : " Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure avec négociation dans les cas suivants : / 1° Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ; / 2° Lorsque le besoin consiste en une solution innovante. Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ; / 3° Lorsque le marché comporte des prestations de conception ; / 4° Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ; / 5° Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique

européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, définis à la section 2 du chapitre Ier du titre Ier du présent livre ; / 6° Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles L. 2152-2 et L. 2152-3, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres. Toutefois, par dérogation aux dispositions de l'article R. 2144-4, ne peuvent participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant justifié au préalable ne pas être dans un cas d'exclusion et satisfaisant aux conditions de participation fixées par l'acheteur. " Aux termes de l'article R. 2161-17 du même code : " Le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales. / Il peut toutefois attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire. / Les exigences minimales mentionnées à l'article R. 2161-13 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations ". Aux termes de l'article R. 21-1-18 du même code : " La procédure avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité. / Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur prévoit que les offres seront remises selon des modalités et un calendrier fixé par le règlement de consultation qu'elle arrête, le respect du principe de transparence de la procédure exige en principe qu'elle ne puisse remettre en cause les étapes essentielles de la procédure et les conditions de la mise en concurrence. A cet égard, lorsqu'un règlement de consultation prévoit que les candidats doivent, après une phase de négociation, remettre leur offre finale à une date déterminée, cette phase finale constitue une étape essentielle de la procédure de négociation qui ne peut normalement pas être remise en cause au cours de la procédure ". Aux termes de l'article R. 2161-19 de ce code : " Le pouvoir adjudicateur informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en application de l'article R. 2161-18 de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau ". Aux termes de l'article R. 2161-20 de ce code : " Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées ".

5. D'autre part, aux termes de l'article 1.2. du règlement de la consultation : " La procédure de passation utilisée est la procédure avec négociation. Elle est soumise aux dispositions des articles L. 2124-3, R. 2124-3 et R. 2161-12 à R. 2161-20 du Code de la commande publique ". Aux termes de l'article 2.4 du règlement de la consultation : " Les candidats doivent présenter une offre entièrement conforme au cahier des charges (solution de base). Ils doivent également présenter, conformément aux articles R. 2151-8 à 2151-11 du code de la commande publique, une offre comportant une variante qui doit respecter les exigences minimales détaillées suivantes : / Les candidats proposeront devra idéalement être plus performante en termes de limitation du bruit et des vibrations et devra respecter les contraintes suivantes : / 1. Emprise maximum de 1,58m par rapport à la limite du domaine public, y compris pour ouvrages enterrés ; / 2. Habillage du soutènement en moellons maçonnés (dito murs poids maçonné sud-est et Pornichet). Il sera compris dans les 1,58 m d'emprise maximum au-delà de la limite du domaine public maritime ; / 3. Anti-affouillement : profondeur de 0,90m/TN (plage) ; / 4. Garantir le non-effondrement du murs poids existant ; / 5. Toutes les parties d'ouvrage devront se trouver dans l'emprise verticale de l'encorbellement dans la limite des 1.58 m d'emprise maximum au-delà de la limite du domaine public maritime ; / 6. Les tirants d'ancrage (actifs et passifs) sont proscrits en raison de plantation d'arbres dans l'aménagement de la promenade ; / 7. Respect des prescriptions architecturales (voir pièces architecturales spécifiques), / 8. Les vibrations dues aux techniques de construction des ouvrages de génie civil ne pourront générer des vitesses particulières supérieures à 2 mm/s pour toute fréquence de manière conservatoire (Circulaire du 23/07/86 relative aux vibrations mécaniques émises dans l'environnement par les installations classées pour la protection de l'environnement pour un type de construction " très sensible "). Pour garantir le non-dépassement des seuils de la circulaire de 1986, le titulaire devra prévoir dès son offre la mise en place d'une

instrumentation capable de mesurer en continu pendant toute la durée du chantier (7 jours sur 7 et 24 heures sur 24) les vibrations. Cette instrumentation sera également en communication permanente avec les outils générant les vibrations afin d'en adapter la puissance immédiatement en cas de risque de dépassement. Ce système d'instrumentation sera déplacé au fur et à mesure de l'avancée des travaux au droit des bâtiments situés le long du boulevard de l'Océan. / 9. Garantir l'homogénéité et l'uniformité du rendu des ouvrages par le choix de techniques qui seront exécutées sur l'entièreté du linéaire de l'opération (parties coulées en place, parties préfabriquées, habillage maçonnés). " Aux termes de l'article 8.2 du même règlement : " Après examen des offres, le pouvoir adjudicateur prévoit d'organiser des auditions de négociations avec tous les candidats d'une durée de 1 heure et 30 minutes. La négociation pourra porter sur tous les éléments techniques et financiers de l'offre remise par les candidats. / Ces auditions sont prévues à partir de mi-mars 2024 ; les modalités de déroulement seront définies ultérieurement. Une convocation sera alors envoyée à tous les candidats. / Afin d'optimiser les offres négociées, le pouvoir adjudicateur pourra éventuellement engager de nouvelles négociations avec tous les candidats. / L'offre la mieux classée sera donc retenue à titre provisoire en attendant que le ou les candidats produisent les certificats et attestations des articles R. 2143-6 à R. 2143-10 du Code de la commande publique. Le délai imparti par le pouvoir adjudicateur pour remettre ces documents ne pourra être supérieur à 5 jours. "

6. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur prévoit que les offres seront remises selon des modalités et un calendrier fixé par le règlement de consultation qu'il arrête, le respect du principe de transparence de la procédure exige en principe qu'il ne puisse remettre en cause les étapes essentielles de la procédure et les conditions de la mise en concurrence. A cet égard, lorsqu'un règlement de consultation prévoit que les candidats doivent, après une phase de négociation, remettre leur offre finale à une date déterminée, cette phase finale constitue une étape essentielle de la procédure de négociation qui ne peut normalement pas être remise en cause au cours de la procédure.

7. Il appartient cependant au pouvoir adjudicateur de veiller en toute hypothèse au respect des principes de la commande publique, en particulier à l'égalité entre les candidats. Il résulte de l'instruction que le 29 mars 2024, suite à une erreur du groupement de maîtrise d'œuvre, a été communiqué à un autre maître d'ouvrage l'extrait d'un document opérant une première analyse de la valeur technique de chacune des offres. Ledit maître d'ouvrage a lui-même mis en ligne ce document sur sa plateforme de dématérialisation, lequel a fait l'objet de 26 téléchargements par les opérateurs inscrits sur cette plateforme. Les informations contenues dans le document ainsi divulgué portaient notamment sur la structuration et la composition des moyens humains affectés à l'opération de travaux, aux choix méthodologiques retenus pour réaliser l'opération projetée ainsi qu'aux méthodes constructives et de réalisation des propositions formulées, notamment dans le cadre de la variante imposée à l'article 2.4 du règlement de la consultation précité. Il résulte des termes de cet article qu'une grande marge de manœuvre était laissée aux candidats pour répondre aux attendus qu'il énonce faisant ainsi appel à l'expérience et au savoir-faire propres à chacun des candidats sur le plan technique. La mise en ligne de telles informations qui ont pu être téléchargées par les candidats à la procédure litigieuse, notamment s'agissant des éléments relatifs à la variante proposée par chacun d'entre eux, informations protégées par le secret des affaires, ont ainsi été de nature à nuire à la concurrence entre les opérateurs, et dans les circonstances de l'espèce, à porter irrémédiablement atteinte à l'égalité entre les candidats, dans le cadre d'une nouvelle procédure si la procédure de passation devait, à brève échéance, être reprise depuis son début, compte tenu de l'intangibilité du besoin de la collectivité. La décision de la commune de la Baule-Escoublac, consistant à figer la procédure dans son état antérieur à cet événement regrettable et à procéder au choix de l'attributaire sur la base des offres initiales, a entendu éviter cette atteinte à l'égalité entre les candidats. Dès lors, c'est à bon droit que la commune, à qui il appartenait de veiller au respect des principes de la commande publique, en particulier à l'égalité entre les candidats, a procédé au choix des candidats sur cette base sans mettre en œuvre la procédure de négociation ni engager une nouvelle procédure de passation.

8. En second lieu, la société requérante soutient que le choix de l'attributaire ne s'est pas fait sur la base des offres initiales, dans la mesure où le document malencontreusement mis en ligne le 29 mars 2024 retenait une note de 49,75/60 pour son offre variante alors qu'elle a finalement obtenu sur ce point une note de 41/60. Il résulte toutefois de l'instruction que ledit document ne constituait qu'un pré-rapport d'analyse des offres rédigé par un membre du groupement de maîtrise d'œuvre, en amont de la réunion de la commission d'appel d'offre. La note de 49,75/60 mentionnée dans ce document n'étant ainsi qu'une note provisoire, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que le marché n'aurait pas été attribué sur la base des offres initiales.

9. Il résulte de ce qui précède que les conclusions présentées par la société Charier Génie civil sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de la commande publique doivent être rejetées.

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

10. Dans les circonstances de l'espèce, il n'apparaît pas inéquitable de laisser à la charge de chacune des parties les frais exposés par elles et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la société Charier Génie civil (GC) est rejetée.

Article 2 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Charier Génie civil (GC), à la commune de la Baule-Escoublac, et à la société Entreprise des travaux publics de l'ouest (ETPO).
Fait à Nantes, le 25 juin 2024.

Le juge des référés,

P-E. SIMON

La greffière,

P. LABOUREL

La République mande et ordonne au préfet de la Loire-Atlantique en ce qui le concerne, ou 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,

La greffière,