

TA35
Tribunal Administratif de Rennes
2403254
2024-07-18
SOCIETE D'AVOCATS PARTHEMA 3
Ordonnance
Excès de pouvoir
C
Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 12 et 27 juin 2024, la société Alu Rennais, représentée par Me Barrault, demande au juge des référés, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la décision du maire de la commune de Pacé du 31 mai 2024 portant attribution du lot n° 8 " Menuiseries extérieures - serrurerie " du marché de restructuration de l'école élémentaire Guy Gérard à la société Guyon Alu-Métal et rejet de son offre, ainsi que la consultation tendant à la passation de ce marché ;

2°) de déterminer les mesures permettant de remédier aux irrégularités constatées et d'enjoindre à la commune de Pacé, si elle entend conclure ce marché, de prendre ces mesures, sous astreinte de 50 euros par jour de retard ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Pacé la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient, dans le dernier état de ses écritures, que :

- la commune de Pacé a mis en œuvre une méthode de notation qui a conduit à nécessairement neutraliser le critère de la valeur technique, pondéré à 60 % et subdivisé en trois sous-critères, eux-mêmes pondérés à 50 % pour la méthodologie et les moyens affectés aux travaux, à 34 % pour les principales mesures prévues pour assurer la sécurité et 16 % pour le planning des ouvrages ;
 - la méthode distinguait entre les réponses excellentes, obtenant 100 % des points ; correctes, obtenant 75 % des points ; moyennes, obtenant 50 % des points ; passables, obtenant 25 % des points et sans information, obtenant zéro ; cette méthode de valorisation par palier, sous tous les sous-critères techniques, ne permet par définition pas d'apprécier les mérites de chaque offre ; elle a obtenu des notes strictement identiques à celles de l'attributaire, sur chaque sous-critère ; les appréciations dont elle a eu connaissance sont très générales et ne prennent pas en considération les spécificités des offres des candidats, le pouvoir adjudicateur s'étant contenté de contrôler l'adéquation des offres aux exigences du règlement de la consultation, sans apprécier leurs valeurs et performances respectives ; les commentaires portés à son offre semblent au demeurant occulter certains de ses éléments ; il n'a été procédé à aucune analyse détaillée des offres et la méthode de notation ne permettait pas de procéder à une appréciation différenciée des mérites respectifs des offres ; la note maximale est nécessairement attribuée aux offres qui respectent le cahier des charges ; il n'est pas justifié que l'offre de la société attributaire est excellente et justifie que lui soit attribuée la note technique maximale ; il n'est pas établi non plus que l'ensemble des offres n'a pas obtenu la note technique maximale de 60/60, ce qui confirmerait la neutralisation du critère technique ;
 - les négociations n'ont porté que sur le prix, ce qui confirme qu'il s'est agi du seul critère déterminant, contrairement aux mentions du règlement de la consultation ;
 - la méthode de notation n'a donc pas permis d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, mais uniquement à l'offre moins-disante ;
 - elle a été lésée par le manquement, dès lors qu'il ne peut être exclu que les notes attribuées auraient été différentes, à son avantage, si une autre méthode de notation avait été mise en œuvre.
- Par un mémoire en défense, enregistré le 24 juin 2024, la commune de Pacé, représentée par la Selarl Cabinet Coudray, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société

Alu Rennais la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la contestation de la méthode de notation revient à contester en réalité les mérites respectifs de chaque offre ;
- la seule circonstance que les notes obtenues aient été identiques sur les sous-critères techniques ne suffit pas à établir l'irrégularité alléguée de la méthode de notation ; l'attribution de notes identiques ne signifie pas que les mérites des offres n'ont pas été appréciés ; le rapport d'analyse des offres confirme que les mérites des offres ont été appréciés, de manière précise et circonstanciée ; elle ne s'est pas contentée de contrôler la conformité formelle des pièces produites à l'appui des offres aux exigences du règlement de la consultation ;
- la méthode de notation de la valeur technique par échelle de qualité est parfaitement valide ;
- la société Alu Rennais n'a pu être lésée par les manquements invoqués, dès lors qu'elle a obtenu la note de 60/60 sur le critère technique, et n'aurait donc pu être déclarée attributaire du marché, eu égard à sa note sur le critère prix.

Par un mémoire en défense, enregistré le 26 juin 2024, la société Guyon Alu-Métal, représentée par Me Viaud, conclut, à titre principal, au rejet de la requête, à titre subsidiaire, à ce que soit ordonnée la reprise de la procédure d'attribution au stade de l'examen des offres et, en toutes hypothèses, à ce que soit mise à la charge de la société Alu Rennais la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la contestation de la méthode de notation revient à contester, en réalité, les mérites respectifs de chaque offre ;
- une méthode de notation de la valeur technique qui permet une différenciation des notes attribuées aux candidats par l'attribution de la note maximale à celui qui a présenté la meilleure offre ne méconnaît pas le principe d'égalité ; il en est de même d'une méthode de notation fondée sur l'emploi de différents degrés de notation ;
- l'attribution de notes identiques ne signifie pas que les mérites respectifs de chaque offre n'ont pas été appréciés ;
- la société Alu Rennais n'est pas lésée par le manquement invoqué, son offre étant mathématiquement moins-disante.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

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

Le président du tribunal a désigné Mme Thielen, première conseillère, 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 27 juin 2024 :

- le rapport de Mme Thielen ;
- les observations de Me Barrault, représentant la société Alu Rennais, qui persiste dans ses conclusions écrites, par les mêmes moyens qu'elle développe ;
- les observations de Me Berrezai, représentant la commune de Pacé, qui persiste dans ses conclusions écrites, par la même argumentation qu'elle développe ;
- les observations de Me Parée, représentant la société Guyon Alu-Métal, qui persiste dans ses conclusions écrites, par la même argumentation qu'il développe.

La clôture de l'instruction a été différée au vendredi 28 juin 2024 à 16 h 00.

Un mémoire a été présenté pour la commune de Pacé, enregistré le 28 juin 2024 à 15 h 22, non communiqué, aux termes duquel elle persiste dans ses conclusions.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Pacé a lancé une procédure de publicité et de mise en concurrence, en procédure adaptée, pour la passation d'un marché de travaux public, portant sur la restructuration de l'école élémentaire Guy Gérard. La société Alu Rennais a été informée, le 31 mai 2024, d'une part, du rejet de son offre pour l'attribution du lot n° 8 " Menuiseries extérieures - serrurerie " et, d'autre part, de ce que le marché serait attribué à la société Guyon Alu Métal. Par la présente requête, la société Alu Rennais demande au juge des référés précontractuels d'annuler la procédure de passation de ce marché, de déterminer les mesures de nature à remédier aux irrégularités constatées et d'enjoindre à la commune de Pacé de les mettre en œuvre sous astreinte de 50 euros par jour de retard.

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

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. ". Aux termes de son article L. 551-2 : " 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 () ".

3. En application de ces dispositions, 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 susceptibles d'être lésées par de tels manquements. Il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

4. Aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique : " Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du critère du prix ou du coût. L'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'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. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire. / Les offres sont appréciées lot par lot, sauf lorsque les entités adjudicatrices ont autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus en application du second alinéa de l'article L. 2151-1. / () ". Aux termes de son article L. 2152-8 : " 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'État ". Aux termes de son article R. 2152-7 : " 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 : / 1° Soit sur un critère unique qui peut être : / a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ; / b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ; / 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. Il peut s'agir des critères suivants : / a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ; / b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ; / c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché. / D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. / Les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base ". Aux termes de son article R. 2152-11 : " Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation ". Enfin, aux termes de son article R. 2152-12 : " Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié ".

5. Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces critères. Il doit également porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection.

6. Par ailleurs, 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. Il peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour l'élaboration de la note des critères que les modalités de détermination de cette note par combinaison de ces éléments d'appréciation. Une méthode de notation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour noter les critères de sélection des offres sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités de détermination de la note des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères 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. Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode de notation.

7. Enfin, 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.

8. 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 en méconnaissant ou en 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.

9. Le règlement de la consultation du marché en litige précise, en son article 8.2, que l'offre économiquement la plus avantageuse sera choisie selon deux critères, prix et valeur technique, pondérés à respectivement 40 % et 60 %, le critère technique étant lui-même subdivisé en trois sous-critères : 2.1. Méthodologie et moyens affectés aux travaux (méthodologie d'exécution envisagée pour le chantier, moyens humains affectés au chantier, moyens matériels affectés au chantier), pondéré à 50 % ; 2.2. Principales mesures prévues pour assurer la sécurité correspondant au chantier, moyens mis en œuvre pour limiter les nuisances sonores, visuelles et volatiles correspondant au chantier, pondéré à 34 % et 2.3. Planning des ouvrages, pondéré à 16 %. Il ressort par ailleurs du rapport d'analyse des offres que le critère prix a été apprécié par application d'une formule prenant comme référence le prix le moins-disant et que le critère technique et chacun des sous-critères afférents ont été appréciés et notés selon le barème suivant : réponse excellente : attribution de 100 % des points ; réponse correcte : 75 % des points ; réponse moyenne : 50 % des points ; réponse passable : 25 % des points et sans information : 0 % des points.

10. Une méthode de notation des sous-critères techniques par paliers, quand bien même elle ne prévoirait pas l'attribution de notes intermédiaires affinées en fonction de la qualité de la réponse sur chacun des points d'appréciation et éléments de réponse examinés, ne saurait, en elle-même, faire obstacle à ce que les mérites de chaque offre soient effectivement appréciés, ni avoir pour objet ou effet de neutraliser la pondération ou de priver de portée les sous-critères en cause.

11. Il ne résulte par ailleurs pas de l'instruction que les définitions respectives de ces cinq paliers, telles qu'elles ressortent du rapport d'analyse des offres précité, auraient empêché le pouvoir adjudicateur de différencier les offres au regard de leurs mérites respectifs, en procédant à une analyse précise et détaillée de leurs avantages et inconvénients comparés. Il ne résulte pas davantage de cette instruction que ces cinq paliers seraient inadaptés pour apprécier la valeur des offres au regard, notamment, des sous-critères techniques n° 1 et n° 2, portant sur les moyens humains et matériels généraux affectés au chantier et les mesures de sécurité et de réduction des nuisances mises en œuvre.

12. La seule circonstance que deux offres, techniquement différentes, ont obtenu des notes strictement identiques sur le critère technique et sur l'ensemble des sous-critères et items de notation afférents ne peut suffire à établir, ni même laisser supposer, que le pouvoir adjudicateur n'a pas examiné, apprécié et noté la valeur technique de chaque offre, au regard de leurs caractéristiques propres, des notes identiques, le cas échéant maximales, pouvant être attribuées à des offres qui présentent des caractéristiques, avantages et inconvénients très différents. La neutralisation alléguée de la pondération du critère technique n'est ainsi pas établie par la seule circonstance que les offres de la société requérante et de la société attributaire se sont vu attribuer la note maximale de 60/60 et qu'elles n'ont été départagées qu'au regard du critère prix, pas davantage que par le fait que la négociation n'a porté que sur le prix des offres.

13. S'il est constant que les appréciations reportées au rapport d'analyse des offres par le pouvoir adjudicateur sur l'offre de la société requérante sont générales et neutres, il ne saurait en être déduit que le pouvoir adjudicateur se serait borné, ainsi qu'il est soutenu, à contrôler l'adéquation formelle de l'offre aux exigences du règlement de la consultation.

14. La société requérante ne peut par ailleurs utilement soutenir que ces appréciations ne permettent pas de s'assurer que la valeur de son offre a été réellement appréciée et que certains de ses éléments n'auraient pas été pris en considération, dès lors qu'elle a, en tout état de cause, obtenu la note maximale sur le critère technique.

15. La société requérante ne peut, enfin, utilement soutenir qu'il n'est pas justifié des motifs pour lesquels l'offre de la société attributaire a été qualifiée d'excellente, justifiant l'attribution de la note technique maximale, dès lors qu'il ne relève pas de l'office du juge des référés précontractuels de se prononcer sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres.

16. Aucune des branches de l'argumentation développée par la société Alu Rennais n'établit ainsi que le critère technique a été neutralisé dans sa consistance, sa portée ou sa pondération par la méthode de notation mise en œuvre, ou que celle-ci aurait conduit à dénaturer les offres soumises à l'appréciation du pouvoir adjudicateur.

17. Il résulte de tout ce qui précède qu'en l'absence de manquement de la commune de Pacé à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, les conclusions de la société Alu Rennais, tendant à l'annulation de la procédure de passation du lot n° 8 " Menuiseries extérieures - serrurerie " du marché de restructuration de l'école élémentaire Guy Gérard et de l'ensemble des décisions afférentes à cette procédure, ne peuvent qu'être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

18. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de laisser à chaque partie les frais d'instance exposés et non compris dans les dépens.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête de la société Alu Rennais est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par la commune de Pacé et la société Guyon Alu-Métal au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Alu Rennais, à la commune de Pacé et à la société Guyon Alu-Métal.

Fait à Rennes, le 18 juillet 2024.

Le juge des référés,
signé

O. ThielenLe greffier,

signé

N. Josserand

La République mande et ordonne au préfet d'Ille-et-Vilaine en ce qui le concerne et 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.