

TA35
Tribunal Administratif de Rennes
2401238
2024-03-27
BIGAS
Ordonnance
Excès de pouvoir
C
Non-lieu

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 6 mars 2024, la société Eveha, représentée par Me Bouët, demande au juge des référés :

1°) d'ordonner, sur le fondement de l'article L. 551-17 du code de justice administrative, la suspension de l'exécution du contrat conclu entre la communauté de communes Poher communauté et l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) relatif à la réalisation de fouilles archéologiques préventives à Carhaix ;

2°) d'annuler ce contrat ;

3°) d'ordonner à la communauté de communes Poher communauté de reprendre la procédure de passation du marché au stade de la présentation des offres des deux candidats qui ont été sélectionnés à l'issue de la première phase ;

4°) de mettre à la charge de la communauté de communes Poher communauté le versement de la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative outre les entiers dépens ;

Elle soutient que :

- sa requête est recevable : elle a la qualité de candidate évincée et a été lésée par les manquements aux obligations de mise en concurrence commis par la communauté de communes Poher communauté et a été privée, par l'attitude de l'acheteur public qui a mis en œuvre une procédure irrégulière de marché public de travaux et s'est ainsi placée sous le seuil de la procédure formalisée, de la possibilité d'introduire un référé précontractuel ;

- le marché litigieux a été passé selon une procédure irrégulière et cette méconnaissance de ses obligations par le pouvoir adjudicateur l'a privée d'une voie de recours, et notamment de celle prévue aux articles L. 551-1 du code de justice administrative ;

- la communauté de communes Poher communauté a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence :

- l'INRAP use de pratiques tarifaires anticoncurrentielles mises en évidence par l'Autorité de la concurrence et la comptabilité analytique qu'il a mise en place pour identifier les recettes et les charges entre ses activités concurrentielles et anti-concurrentielles ne permet pas d'exclure le risque de subventions croisées entre ces deux activités après 2018 ; il est ainsi impossible de déterminer si les montants perçus au titre des subventions de l'État sont supérieurs aux coûts de gestion des activités de service public de l'INRAP ; la comptabilité analytique que l'INRAP a mise en place depuis 2018 repose sur une méthode et des clés de répartition des coûts biaisées, surévaluant artificiellement les coûts indirects liés à ses activités non-lucratives ;

- le pouvoir adjudicateur a manqué à son devoir de contrôle en présence d'un écart de prix significatif entre les deux offres en ne procédant pas aux vérifications nécessaires pour s'assurer de la sincérité du prix de l'offre présentée par l'INRAP ; le fait que le préfet de région ait jugé conforme la candidature de l'INRAP en lui délivrant une autorisation de fouille n'exonérerait pas le pouvoir adjudicateur de cette vérification ;

- aucune partie du rapport d'analyse des offres ne semble traiter du critère de la valeur technique qui représentait 40 % de la note du candidat ;

- si l'INRAP n'avait pas présenté une offre irrégulière et si la communauté de communes Poher communauté n'avait pas commis une carence fautive dans le contrôle de cette offre, elle aurait eu une chance sérieuse de remporter ce marché.

Par un mémoire en défense, enregistré le 18 mars 2024, la communauté de communes Poher communauté, représentée par la Selarl Le Roy, Gourvennec, Prieur conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société Eveha le versement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête n'est pas recevable :

- le marché de fouilles archéologiques préventives n'est pas un marché de services mais de travaux dès lors que l'opération de fouilles préventives constitue une étape s'inscrivant dans une opération globale de travaux publics consistant, en amont, à préparer le terrain d'assiette du projet, ainsi qu'il résulte de l'article R. 523-17 du code du patrimoine et que cette opération est réalisée sous la maîtrise d'ouvrage de l'aménageur ; par ailleurs, la définition des marchés de travaux a été précisée et élargie par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, codifiée au code de la commande publique et les opérations de fouilles archéologiques entrent dans le champ des travaux de préparation de site puisqu'ils comprennent des travaux de décapage, terrassement, creusement de tranchées, déblaiement et remblaiement ; en conséquence, la passation du marché a été faite régulièrement selon une procédure adaptée dès lors que son montant est inférieur aux seuils de procédure formalisée et la société Eveha ne peut se prévaloir de ce que le marché aurait été signé en méconnaissance du délai dit de standstill ;

- la société Eveha a été mise en situation d'introduire un référé précontractuel : elle a été informée du rejet de son offre par courrier en date du 22 janvier 2024, était informée par le règlement de consultation qu'elle disposait d'un délai pour introduire son référé précontractuel et n'a pas été privée de la possibilité de l'exercer dans la mesure où le marché n'a été signé que le 9 février 2024 ;

- sur le fond :

- en ce qui concerne les marchés à procédure adaptée, pour lesquels aucune obligation de respect d'un délai de standstill avant la signature n'est prévue par les textes, seuls les moyens tirés de l'absence de respect des mesures de publicité requises et de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence sont invocables et aucun de ces manquements n'est avéré ;

- elle n'a en tout état de cause pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence :

* l'écart de prix entre l'offre de la société Eveha et celle de l'INRAP ne nécessitait pas qu'elle sollicite des justificatifs auprès de l'INRAP dès lors que les candidats ont fourni à l'appui de leur offre un sous-détail de prix, qui a permis de constater que les prix de l'INRAP n'étaient pas nettement inférieurs à ceux d'Eveha et que cet écart était dû aux différences de modalités d'utilisation des moyens humains et matériels en termes quantitatifs ;

* la société requérante n'établit pas que l'obligation faite à l'INRAP de mettre en place une comptabilité analytique justifiant de la non affectation à ses activités lucratives des subventions publiques perçues dans le cadre de ses activités non-lucratives ne serait pas respectée sur la période concernée par le marché objet du présent litige ;

* les deux offres ont bien été analysées sur leurs différents aspects techniques, et elle s'est appropriée les appréciations des services de l'État requises en application de l'article L. 523-9 du code du patrimoine ; quand bien même le rapport d'analyse des offres aurait été plus étayé, ceci n'aurait pas permis à la société Eveha d'obtenir plus de points sur le critère technique que son concurrent INRAP, dès lors que le volet scientifique de son offre a été considéré comme " peu développé " ;

- l'offre de la société Eveha était trop onéreuse par rapport au budget de l'opération et elle n'avait aucune chance d'obtenir le marché qui aurait dû être déclaré sans suite.

Par un mémoire, enregistré le 18 mars 2024, l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP), représenté par Me Bigas, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mis à la charge de la société Eveha le versement de la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la requête est irrecevable :

- un délai de dix-huit jours s'est écoulé entre l'envoi du rejet de l'offre de la société Eveha et la signature du marché, délai largement supérieur au délai mentionné à l'article 11 du règlement de la consultation et qui permettait à la société requérante d'introduire une requête en référé précontractuel avant la conclusion de la convention ;

- le marché litigieux n'est pas un marché de prestations intellectuelles/services mais un marché de travaux, les travaux d'affouillement étant des activités qui sont des travaux en droit de la commande

publique et plusieurs dispositions du code du patrimoine relatives aux fouilles archéologiques préventives renvoyant d'ailleurs à la réalisation de travaux ; dès lors, la société Eveha ne saurait se prévaloir d'une méconnaissance du délai de standstill dès lors que celui-ci est inapplicable aux procédures adaptées ;

- sur le fond :

- à titre principal, les moyens invoqués ne rentrent pas dans le champ d'application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ;

- à titre subsidiaire, les allégations de la société Eveha quant à une pratique anticoncurrentielle de sa part ne sont pas établies :

* l'Autorité de la concurrence, dans sa décision du 1er juin 2017, n'a décelé aucune pratique de subventions croisées et il applique une méthode de répartition des coûts conforme au modèle de comptabilité analytique validé par l'Autorité de la concurrence, qui permet d'identifier l'affectation des sommes perçues en compensation des charges de service public, afin de s'assurer qu'elles n'influent pas sur ses offres ou aboutissent à une mutualisation de ses coûts ;

* les périodes concernées par la décision de l'Autorité de la concurrence comme par l'enquête de la Commission européenne sont largement antérieures à l'attribution du marché litigieux et la Commission n'a pas formellement identifié de pratique anti-concurrentielle ni de risque de subvention croisée ;

* aucune conclusion ne peut être tirée de la décision de l'Autorité de la concurrence du 26 avril 2022 renvoyant le dossier de l'INRAP à l'instruction pour certains des engagements pris devant l'Autorité de la concurrence ayant donné lieu à la décision du 1er juin 2017 s'agissant d'un acte de procédure ;

* il n'a bénéficié d'aucun " sur-financement " public dès lors que la redevance censée couvrir les activités non-concurrentielles était " sous-dimensionnée " ;

* les résultats de l'expertise menée sous l'égide du tribunal de commerce de Paris ne peuvent être utilisés dans le cadre de la présente instance dès lors que cette expertise ne porte pas sur les exercices 2023 et 2024 qui sont en cause en l'espèce et que la mission d'expertise n'a jamais consisté à entreprendre un audit de sa comptabilité analytique ; de plus, l'expert ne fait absolument pas état de l'existence de subventions croisées ou d'une volonté de sa part de surévaluer artificiellement ses coûts ;

- aucune obligation de vérification de son offre ne pesait sur Poher communauté :

* sa qualité d'entité publique ne saurait, pour cette seule raison, aboutir à un contrôle automatique, particulier et différent de celui de l'offre anormalement basse applicable en droit des marchés publics et en l'espèce, seul un autre opérateur ayant déposé une offre, il était difficile d'en déduire que son offre était anormalement basse en l'absence de comparaison valable, alors que l'existence d'une différence de prix de l'ordre de 30 %, n'est pas significative ;

* en l'espèce, c'est manifestement l'évaluation excessive de la quantité d'heures nécessaires à l'exécution du marché, par la société Eveha, qui est à l'origine du caractère excessif de son prix ; sa propre offre était cohérente sur le plan scientifique, répondait strictement aux éléments du cahier des charges, preuve qu'elle n'a pas sous-évalué le nombre d'heures proposé ;

* il a produit à l'appui de son offre une décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF), qui a pu être examinée par Poher communauté et les prix présentés sont cohérents, intègrent tous les coûts directs et indirects et ne sont pas sous-estimés ni de nature à compromettre la bonne exécution de la mission ;

* les services de l'État ont validé son offre comme ils sont tenus de le faire en vertu de l'alinéa 3 du I de l'article L. 523-9 du code du patrimoine ;

- le critère technique d'appréciation des offres fixé dans le règlement de la consultation a été pris en compte : ce critère, librement choisi et présenté sous le terme " Qualité du projet scientifique " par Poher communauté et en lien avec l'objet du marché, rejoignait l'analyse à effectuer par l'État qui, conformément au dernier alinéa du I de l'article L. 523-9 du code du patrimoine, comprend forcément le volet technique ; l'analyse du sous-critère relatif à la méthode de travail se retrouve dans la prise en compte du volet scientifique et de la stratégie d'intervention et celle du sous-critère relatif à l'organisation du chantier est prise en compte lors de l'examen de la stratégie d'intervention et des moyens humains mis en œuvre.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code du patrimoine ;

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Plumerault, 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 19 mars 2024 :

- le rapport de Mme Plumerault,

- les observations de Me Héritier, représentant la société Eveha, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'il développe, insiste sur le fait que le marché en cause est un marché de prestation de services et non de travaux, peu importe qu'il s'agisse d'une opération de travaux publics, dès lors qu'indépendamment du procédé mécanique, le produit final de l'opération n'est pas la production d'un ouvrage mais d'un rapport scientifique (archivage, référencement, sensibilisation du public, rapport scientifique), qu'en l'espèce, il s'agit d'un contrat complexe avec plusieurs prestations et que c'est l'objet principal du contrat qui détermine sa qualification, souligne que la qualification du contrat a une incidence puisque le courrier de rejet de son offre ne mentionnait pas de délai de standstill, expose qu'il existe une problématique de structuration de l'offre de l'INRAP, des prix bas n'étant pas nécessairement le reflet d'une structuration des coûts sincère ;

- les observations de Me Plunier, représentant Poher communauté, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'elle développe, souligne que le contrat qui a été passé avec l'INRAP est un marché de travaux, les opérations s'inscrivant dans un projet d'aménagement et consistant à préparer le terrain, que le code du patrimoine fait sans cesse référence aux travaux de fouilles, qu'en tout état de cause, la société Eveha n'a pas été privée de la possibilité d'introduire un référé précontractuel dès lors qu'elle a été destinataire de l'intention de conclure dix-huit jours avant la conclusion du contrat, expose que l'écart de prix entre les deux offres s'explique par une surestimation des quantités au niveau des journées affectées par Eveha et transmet des pièces soustraites au contradictoire en application de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative ;

- les observations de Me Bigas, représentant l'INRAP, qui reprend les mêmes termes que les écritures qu'il développe, insiste sur le fait que le marché conclu est un marché de travaux, que d'ailleurs la société Eveha n'a jamais remis en cause cette qualification précédemment, que la finalité des fouilles n'est pas de faire un rapport mais de déterrer des vestiges, que la société requérante n'a aucunement été empêchée de déposer un référé précontractuel, le contrat ayant été conclu dix-huit jours après le rejet de son offre, insiste sur le fait que les coûts de l'INRAP, notamment indirects, sont correctement ventilés et que la comptabilité analytique mise en place permet de s'assurer qu'il n'existe aucune subvention croisée entre ses différentes activités et transmet des pièces soustraites au contradictoire en application de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis publié le 21 mars 2024, la communauté de communes Poher communauté a lancé, une consultation en vue de la passation, selon une procédure adaptée, d'un marché public de travaux ayant pour objet la réalisation de travaux de fouilles archéologiques au Lieu-dit la Métairie Neuve, à Carhaix (Finistère). La société Eveha qui s'est portée candidate à l'attribution de ce marché, a été informée par un courrier du 22 janvier 2024, du rejet de son offre et de ce que l'offre de l'INRAP avait été retenue. Le marché ayant été signé le 9 février 2024, elle demande au juge des référés la suspension de l'exécution du contrat conclu entre la communauté de communes Poher communauté et l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP), l'annulation de ce contrat et la reprise de la procédure de passation du marché au stade de la présentation des offres des deux candidats qui ont été sélectionnés à l'issue de la première phase.

Sur la recevabilité des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

2. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ". Aux termes de l'article L. 551-14 du même code : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. /Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ". L'article L.

551-15 du même code dispose que : " Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu public son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité () ".

En ce qui concerne la qualification du marché :

3. Aux termes de l'article L. 1111-2 du code de la commande publique : " Un marché de travaux a pour objet : / 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code () ". Aux termes de l'article L. 1111-4 du même code : " Un marché de services a pour objet la réalisation de prestations de services ". Aux termes de l'article L. 1111-5 du même code : " Lorsqu'un marché porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux () ".

4. Aux termes de l'article L. 523-9 du code du patrimoine : " I. Lorsqu'une prescription de fouilles est notifiée à la personne qui projette d'exécuter les travaux, celle-ci sollicite les offres d'un ou plusieurs opérateurs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 523-8. La prescription de fouilles est assortie d'un cahier des charges scientifique dont le contenu est fixé par voie réglementaire. / La liste des éléments constitutifs des offres mentionnées au premier alinéa du présent I est définie par arrêté du ministre chargé de la culture. Elle comprend le projet scientifique d'intervention, les conditions de sa mise en œuvre et le prix proposé. Le projet scientifique d'intervention détermine les modalités de la réalisation archéologique prescrite, les méthodes et techniques utilisées, ainsi que les moyens humains et matériels prévus () / II. - Le contrat passé entre la personne projetant d'exécuter les travaux et la personne chargée de la réalisation des fouilles rappelle le prix et les moyens techniques et humains mis en œuvre et fixe les délais de réalisation de ces fouilles, ainsi que les indemnités dues en cas de dépassement de ces délais. Le projet scientifique d'intervention est une partie intégrante du contrat. La mise en œuvre du contrat est subordonnée à la délivrance de l'autorisation de fouilles par l'État. / L'opérateur exécute les fouilles conformément aux décisions prises et aux prescriptions imposées par l'État et sous la surveillance de ses représentants, en application des dispositions du présent livre. / L'État s'assure que les conditions d'emploi du responsable scientifique de l'opération sont compatibles avec la réalisation de l'opération jusqu'à la remise du rapport de fouilles. / La prestation qui fait l'objet du contrat est exécutée sous l'autorité des personnels scientifiques dont les compétences ont justifié l'agrément de l'opérateur. Le recours à un sous-traitant pour la réalisation des prestations scientifiques fait l'objet d'une déclaration à l'Etat, préalable à son engagement () ". L'article R. 523-44 du même code dispose : " L'aménageur conclut avec l'opérateur un contrat qui précise : / 1° La date prévisionnelle de début de l'opération de fouilles, sa durée et le prix de réalisation des fouilles ; / 2° Les conditions et délais de la mise à disposition du terrain par l'aménageur et de l'intervention de l'opérateur ; / 3° Les indemnités dues par l'une ou l'autre partie en cas de dépassement des délais convenus ; / 4° La date de remise du rapport final d'opération. / Le contrat comporte, en annexe, le projet scientifique d'intervention et les pièces justifiant des conditions d'emploi du responsable scientifique proposé pour l'opération () ".

5. Le cahier des charges scientifiques dont est assortie la prescription de fouilles archéologiques dispose que l'opération de fouilles débute, après la mise en place des installations de chantier, par le décapage extensif des horizons superficiels sur la totalité de la surface à ouvrir prévue sur une épaisseur estimée entre 0,30 m et 0,50 m à l'aide d'une pelle mécanique, suivi si nécessaire dans certains secteurs d'un nettoyage manuel. Cette première phase est suivie de la phase de fouille proprement dite, soit manuelle soit mécanisée, laquelle ne pourra pas être inférieure à sept mois, et qui consiste à prélever le mobilier archéologiquement pertinent dans des conditions permettant sa bonne conservation et la caractérisation de son lieu de découverte et enregistrer les données de terrain afin d'avoir une vision d'ensemble du site et connaître le détail des vestiges mis au jour. Ce même cahier dispose qu'après l'achèvement des fouilles sur le terrain, l'opérateur poursuit sa mission, sur une durée qui ne pourra pas être inférieure à 7 mois, par l'exploitation des données recueillies sur le terrain et du mobilier, laquelle donne lieu à un rapport final d'intervention.

6. Il résulte de ce qui précède que si une opération de fouille préventive comporte une phase de travaux d'excavation sur le terrain, elle est suivie d'une phase de post fouille, consistant en des travaux d'analyse et des études. Si le marché litigieux comporte ainsi à la fois des travaux et des prestations de services, la réalisation des travaux n'est pas son objet principal et sa finalité première est la rédaction d'un rapport d'opération qui rend compte des découvertes effectuées et de leur interprétation historique, ce qui est corroboré au demeurant par la circonstance que seuls les opérateurs publics ou privés fournissant des garanties scientifiques et opérationnelles suffisantes

peuvent bénéficier d'un agrément pour diriger ces fouilles, agrément qui peut être limité à certains domaines ou à certaines périodes chronologiques.

7. La société Eveha est ainsi fondée à soutenir que le marché en cause ne peut être qualifié de marché public de travaux mais est un marché public de prestations de services archéologiques. En ce qui concerne les conséquences de cette qualification :

8. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2120-1 du code de la commande publique : " Les marchés sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion : 1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ; / 2° Soit selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues au chapitre III ; / 3° Soit selon une procédure formalisée, dans les conditions prévues au chapitre IV ". Aux termes de l'article L. 2123-1 du même code : " () L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée : / 1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code () ". En vertu de l'avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, publié au Journal officiel du 7 décembre 2023, le seuil de procédure formalisée est, à compter du 1er janvier 2024, de 221 000 euros hors taxe pour les marchés de fournitures et de services des pouvoirs adjudicateurs autres que les autorités publiques centrales.

9. Il résulte de ce qui précède que Poher communauté ne pouvait légalement passer le marché attaqué selon une procédure adaptée dès lors qu'il est constant qu'il excédait ce seuil et devait, dès lors, mettre en œuvre une procédure formalisée.

10. En deuxième lieu, aux termes de l'article R. 2182-1 du même code : " Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue aux articles R. 2181-1 et R. 2181-3 et la date de signature du marché par l'acheteur. / Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique. ". Aux termes de l'article R. 2181-3 du même code : " La notification prévue à l'article R. 2181-1 mentionne les motifs du rejet de la candidature ou de l'offre. / Lorsque la notification de rejet intervient après l'attribution du marché, l'acheteur communique en outre : / 1° Le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre ; / 2° La date à compter de laquelle il est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions de l'article R. 2182-1 ". En application de ces dispositions, le pouvoir adjudicateur doit indiquer aux candidats non retenus, dans la notification du rejet de leur offre, la date à laquelle ou le délai au-delà duquel il signera le marché litigieux, cette date ou ce délai devant être fixés dans le respect du délai minimum de suspension prévu par les mêmes dispositions.

11. Il résulte de l'instruction que le courrier du 22 janvier 2024 par lequel Poher communauté a informé la société Eveha de l'attribution du marché litigieux à l'INRAP et du rejet de son offre, ne mentionnait pas le délai de suspension que la communauté de communes s'imposait avant la conclusion du marché. Si l'article 11 du règlement de la consultation dispose que : " () les candidats dont les candidatures ont été retenues mais dont l'offre est rejetée seront également informés par mail, dans cette hypothèse, le délai de 10 jours sera respecté sauf exceptions prévues au décret relatif aux marchés publics en vigueur ", cette notification d'un délai irrégulier car inférieur au délai réglementaire équivaut à une absence de délai. La société Eveha, qui n'a ainsi pas été correctement informée du délai réglementaire, était de ce fait dans l'ignorance de la date de signature du marché, et est, par suite, recevable à présenter un référé contractuel, et ce alors même que le contrat a finalement été signé dans le respect du délai minimum.

Sur les conclusions à fin de suspension :

12. Aux termes de l'article L. 551-17 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, 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 cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages ".

13. La présente ordonnance mettant fin à l'instance en statuant sur la demande au principal de la société requérante, il n'y a plus lieu de statuer sur la demande avant dire droit tendant, sur le fondement de ces dispositions, à la suspension du marché litigieux pour la durée de l'instance.

Sur les conclusions tendant à l'annulation du marché :

14. Aux termes de l'article L. 551-18 du même code : " Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été

signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat " ;

15. Il résulte de ce qui a été dit au point 11 que la circonstance que le contrat entre Poher communauté et l'INRAP ait été signé le 9 février 2024, dans le respect du délai minimum, ne peut être utilement opposée aux conclusions de la société requérante présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative.

16. En premier lieu, pour que soient respectées les exigences de l'égal accès aux marchés publics, visées à l'article L. 3 du code de la commande publique, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

17. Lorsque le prix de l'offre d'une personne publique se portant candidate à l'attribution d'un marché public est nettement inférieur à ceux des offres des autres candidats, il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour fixer ce prix, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence.

18. L'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP) exerce une activité de diagnostics d'archéologie préventive et de recherche relevant d'une mission de service public non ouverte à la concurrence, ainsi qu'une activité de fouilles archéologiques, devenue concurrentielle depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1er août 2003 modifiant la loi du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive. Il résulte de l'instruction que le prix de l'offre de la société Eveha était de 2 618 012 euros hors taxes tandis que celui de l'offre de l'INRAP s'élevait à 1 797 696,07 euros hors taxes, soit un montant inférieur de 31,3 %. La société Eveha fait valoir que le prix ainsi proposé par l'établissement public révèle que l'ensemble des coûts directs et indirects supportés pour l'exécution du marché n'a pas été pris en compte pour fixer ce prix, que les conditions de la concurrence ont été faussées et que le pouvoir adjudicateur a manqué à ses obligations en ne procédant pas à la vérification des conditions de constitution de l'offre de prix de l'INRAP.

19. D'une part, l'Autorité de la concurrence, dans sa décision du 1er juin 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par l'INRAP dans le secteur de l'archéologie préventive, après avoir détaillé les préoccupations de concurrence liées notamment aux risques associés à la situation d'organisme public de l'INRAP ayant à la fois des activités de service public et des activités marchandes, a accepté les engagements pris par l'INRAP consistant à mettre en œuvre un système de comptabilité analytique visant à assurer la stricte séparation comptable entre ses missions de service public et ses activités concurrentielles et faisant ressortir les produits et les charges associés aux deux catégories d'activité ainsi qu'à mettre en place un processus permettant une détermination du calcul de la marge par opération, à transmettre sa méthode de répartition annuelle des coûts et à confier à un expert indépendant l'audit de cette comptabilité analytique. Il n'est pas contesté par la société Eveha qu'une comptabilité analytique a, depuis cette date, été mise en place par l'INRAP, laquelle est auditée par un cabinet indépendant. Si cet audit a mis en exergue au titre des exercices 2018 et 2019 la persistance de difficultés inhérentes aux outils utilisés ainsi que le manque de fiabilité dans certains traitements, les difficultés ainsi relevées sont en lien avec les principes de la comptabilité générale et le choix fait par l'INRAP de rattacher les produits des opérations de fouille au fur et à mesure de l'avancement d'un chantier, et ne sont pas de nature à remettre en cause la répartition du chiffre d'affaires entre les différents secteurs d'activité de l'INRAP. Ce même cabinet n'a par ailleurs relevé aucune anomalie concernant l'imputation analytique des coûts directs et atteste, pour les exercices 2020 à 2022, que la présentation actuelle de la comptabilité analytique de l'INRAP ne permet pas de relever l'existence de subventionnement croisé entre les activités. Si la société Eveha se prévaut du rapport de l'expert diligenté par le tribunal de commerce de Paris par jugement du 27 septembre 2021, lequel relève, s'agissant des coûts indirects, que la clé de répartition principale utilisée par l'INRAP en fonction du critère des temps passés par ses salariés sur chacune de ses activités, lucratives et non lucratives, n'apparaissait pas adaptée et devrait être

remplacée par une clé de répartition par activité en fonction des temps passés par le personnel opérationnel affecté directement à chacune de ces activités, cet expert n'a pas pour autant considéré que la répartition des coûts était erronée se bornant à indiquer en conclusion de son rapport que cette clé de répartition utilisée par l'INRAP, dérogatoire par rapport à la pratique généralement observée dans des secteurs économiques comparables, était insuffisamment justifiée.

20. D'autre part, il résulte de l'instruction, notamment de l'analyse comparative du détail des prix tant de l'INRAP que de la société Eveha effectuée par Poher communauté, pièce couverte par le secret des affaires et soustraite au contradictoire, que les prix unitaires pratiqués par chacun d'eux pour les moyens humains sont parfois plus élevés pour l'INRAP et que, lorsqu'ils sont inférieurs, ne le sont que faiblement, enfin que les prix unitaires pour les moyens matériels sont sensiblement identiques. Cette analyse met en revanche en évidence que la différence de prix entre les deux opérateurs est due aux quantités affectées aux opérations de fouilles préventives par chacun des opérateurs, supérieure de près de 35 % pour la société Eveha. Ainsi la différence de prix entre les deux offres ne résulte pas de prix nettement inférieurs pratiqués par l'INRAP mais de la différence de moyens mis en œuvre par chacun des deux soumissionnaires. Il résulte également des documents soustraits au contradictoire que l'INRAP a pu, dans le cadre du marché en litige, évaluer sa marge nette prévisionnelle.

21. Il résulte de ce qui précède que la société Eveha ne démontre pas, par les éléments apportés, que les prix proposés par l'INRAP dans le cadre de son offre n'auraient pas été déterminés en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à leur formation. Poher communauté a ainsi pu considérer que le prix proposé par l'INRAP a été déterminé sans distorsion de la libre concurrence et qu'il n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public.

22. En second lieu, d'une part l'article 10 du règlement de la consultation prévoit deux critères de jugement des offres, le prix des prestations et la qualité du projet scientifique, respectivement pondérés à 60 % et 40 %. Le règlement de la consultation précise que le critère de la valeur technique est apprécié à partir de deux sous-critères, la méthode de travail pour 30 points et l'organisation du chantier pour 10 points.

23. D'autre part, le I de l'article L. 523-9 du code du patrimoine dispose : " () Préalablement au choix de l'opérateur par la personne projetant d'exécuter les travaux, celle-ci transmet à l'Etat l'ensemble des offres recevables au titre de la consultation. L'Etat procède à la vérification de leur conformité aux prescriptions de fouilles édictées en application de l'article L. 522-2, évalue le volet scientifique et s'assure de l'adéquation entre les projets et les moyens prévus par l'opérateur ".

24. Il résulte du rapport d'analyse des offres produit que les deux offres ont été analysées, contrairement à ce que soutient la société Eveha, en faisant application des critères relatifs à la valeur technique des offres en se prononçant sur leur volet scientifique, la stratégie d'intervention et les moyens proposés.

25. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation du marché en litige doivent être rejetées.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

26. La présente ordonnance n'impliquant aucune mesure d'exécution, les conclusions à fin d'injonction présentées par la société requérante doivent être rejetées.

Sur les frais liés au litige :

27. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de Poher communauté, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme demandée par la société Eveha au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

28. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit aux conclusions présentées par Poher communauté et l'INRAP tendant à l'application de ces dispositions.

ORDONNE :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de suspension présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-17 du code de justice administrative.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de la société Eveha est rejetée.

Article 3 : Les conclusions présentées par Poher communauté et l'INRAP sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Eveha, à la communauté de communes Poher communauté et à l'Institut national de recherches archéologiques préventives.

Fait à Rennes, le 27 mars 2024.

Le juge des référés,

signé

F. Plumerault La greffière,

signé

P. Lecompte

La République mande et ordonne au préfet du Finistère 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.