

TA108
Tribunal Administratif de St Martin
2300007
2023-02-24
CABRERA MAXIME
Ordonnance
Excès de pouvoir
C
Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 16 janvier 2023, la société Ingénierie construction moderne (ICM) et la société Dormoy Lewis, représentées par la Selas Comolet Zanati avocats, demandent au juge des référés, statuant en application de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

- 1°) d'ordonner immédiatement au pouvoir adjudicateur, vu l'urgence, de suspendre l'exécution du marché signé le 14 décembre 2022 entre la collectivité de Saint-Martin et la société GTM Guadeloupe, relatif au lot A de l'opération de construction du Collège Numérique 900 sis la Savane à Saint-Martin, pendant la durée de la présente instance ;
- 2°) d'ordonner au pouvoir adjudicateur la production du budget estimatif du lot A ;
- 3°) d'annuler le marché signé le 14 décembre 2022 ;
- 4°) d'annuler la décision de rejet de l'offre notifiée le 30 novembre 2022 ;
- 5°) d'annuler la procédure de passation et les décisions qui s'y rapportent ;
- 6°) d'ordonner au pouvoir adjudicateur de recommencer une nouvelle procédure d'appel d'offres ;
- 7°) de mettre à la charge de la collectivité de Saint-Martin une indemnité de 5.000 euros, à chacune, sur le fondement de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative.

Les requérantes soutiennent que :

- la collectivité de Saint-Martin a procédé le 14 décembre 2022 à la signature du marché objet de l'instance en référé précontractuel pendant la suspension prescrite par l'article L.551-4 du code de justice administrative ;
 - cette méconnaissance de l'article précité les a privées de l'examen du bien-fondé de leur recours en référé précontractuel ;
 - les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues d'une manière affectant leurs chances d'obtenir le contrat ;
 - le pouvoir adjudicateur a dénaturé les offres qui lui étaient soumises :
- Sur la notation de la valeur technique :
- au titre du sous-critère n° 1 sur la composition de l'équipe compte tenu de la qualification de ses membres et de leurs compétences ;
 - au titre du sous-critère n° 2 relatif à la méthodologie de mise en œuvre dès lors que les modes opératoires proposés sont adaptés ;
- Sur la notation du planning détaillé, leur note est contestable, dès lors notamment que la durée des marchés est imposée par l'acte d'engagement ainsi que par le CCAP ;
- les critères de notation des offres sont irréguliers, dès lors qu'ils ont conduit à ce qu'une offre au prix de 1 803 911,90 euros plus élevé que le prix de leur offre soit retenue, après mise en œuvre des autres critères de sélection, alors que l'annexe 2 du RDC prévoit que c'est l'offre économiquement la plus avantageuse qui doit être retenue ;
 - le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article L. 2113-11 du code de la commande publique en ayant recours à des macro-lots. ;
 - il méconnu l'article L. 2113-10 alinéa 1er du même code dans le choix de la composition des macro-lots, constituant un manquement à ses obligations de mise en concurrence.

Par un mémoire en défense, enregistré le 10 février 2023, la collectivité de Saint-Martin, représentée par la Selarl Cabrera Legal, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la

charge des sociétés requérantes la somme de 1 500 euros chacune, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- aucun des moyens soulevés par les sociétés requérantes n'est fondé.

La requête a été communiquée à la société GTM Saint-Martin qui n'a pas produit d'observations dans la présente instance.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. A en application de l'article 551-13 du code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique tenue en présence de Mme Lubino, greffier d'audience, M. A a lu son rapport et entendu les observations de Maître Didier Feneau, représentant les requérantes, et celles de Maître Julien Coulon, en visioconférence, assisté par M. Yoan Roméro (avocat stagiaire) pour la collectivité de Saint-Martin.

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

Par lettres en date du 17 février 2023, les parties ont été informées que, dans l'hypothèse où la requête des sociétés requérantes serait jugée recevable mais non fondée, une pénalité financière pourrait être infligée à la collectivité de Saint-Martin par application des articles L.551-20 et L.551-21.

La collectivité de Saint-Martin a présenté des observations sur ce point par un mémoire enregistré le 22 février 2023 et communiqué.

Considérant ce qui suit :

1. Le 18 février 2022, la collectivité de Saint-Martin a lancé une consultation selon une procédure d'appel d'offres régie par l'article L.2124-8 du code de la commande publique ayant pour objet : la " construction du Collège Numérique 900 sur le site de la Savane à Saint-Martin ", divisée en cinq lots. La date limite de remise des plis a été arrêtée au 20 juin 2022 à 12 heures. Le groupement composé de la société Ingénierie construction moderne (ICM) et la société Dormoy Lewis s'est porté candidat sur le lot A. Après analyse des offres, la commission d'appel d'offres a classé l'offre de la société ICM en seconde position, derrière l'offre de la société GTM Saint-Martin. Un courrier de notification a été transmis le 30 novembre 2022 à la société ICM l'informant des motifs du rejet et des caractéristiques et avantages de l'offre retenue.

2. Par une requête enregistrée au greffe le 8 décembre 2022, la société Ingénierie construction moderne (ICM) et la société Dormoy Lewis ont saisi le juge des référés du tribunal administratif de Saint-Martin d'un référé précontractuel, sur le fondement des dispositions des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative. Le marché contesté ayant été signé le 14 décembre 2022, le juge du référé précontractuel a jugé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions de la requête présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, par une ordonnance du 23 décembre 2022.

3. Par une requête enregistrée au greffe le 16 janvier 2023, la société Ingénierie construction moderne (ICM) et la société Dormoy Lewis ont saisi le président du tribunal administratif de Saint-Martin d'un référé contractuel portant sur le marché correspondant au lot A afin que soit notamment prononcée, sur le fondement des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, son annulation.

Sur la recevabilité du référé contractuel :

4. Aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, le recours en référé contractuel " 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 () a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 () ". Aux termes de l'article L. 551-4 du même code: " Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle ". Enfin, aux termes de l'article R. 551-1 du même code : " () l'auteur du recours est tenu de notifier son recours au pouvoir adjudicateur. () ".

5. En vertu de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, le recours contractuel demeure ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4, qui lui interdit de signer le contrat à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification de la décision du juge des référés sur ce recours. Si ces dispositions ne peuvent trouver à s'appliquer lorsque le recours contractuel, présenté par un demandeur qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel, est dirigé

contre un marché signé durant la suspension prévue à l'article L. 551-4 alors que le pouvoir adjudicateur était dans l'ignorance du référé précontractuel, il en va toutefois différemment lorsque, alors même que le demandeur a méconnu ses obligations de notification prévues à l'article R. 551-1, la signature est intervenue alors que le pouvoir adjudicateur avait été informé, par le greffe du tribunal administratif, de l'existence d'un tel recours.

6. Dans ces conditions, les sociétés requérantes sont recevables à saisir le juge du référé contractuel.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 551-18 du code de justice administrative :

7. Aux termes du troisième alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : " Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé () pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 () 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 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. ".

8. 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 d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. () ".

9. En premier lieu, les sociétés requérantes font valoir que la collectivité de Saint-Martin a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence d'une manière affectant leurs chances d'obtenir le contrat dès lors que le pouvoir adjudicateur a dénaturé les offres qui lui étaient soumises.

10. Il n'appartient pas au juge du référé contractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

11. S'agissant de la notation de la valeur technique les sociétés requérantes soutiennent qu'il y a eu dénaturation au titre du sous-critère n° 1 sur la composition de l'équipe compte tenu de la qualification de ses membres et de leurs compétences, au titre du sous-critère n° 2 relatif à la méthodologie de mise en œuvre dès lors que ses modes opératoires sont adaptés à l'objet du lot A.

12. Sur la notation du planning détaillé, les requérantes font valoir que la note qu'elles ont obtenue est contestable dès lors notamment que la durée des marchés est imposée par l'acte d'engagement ainsi que par le CCAP.

13. Toutefois, s'agissant de la composition de l'équipe, pour laquelle l'offre des requérantes a été notée 7,61/10, l'écart de notation avec celle de la société attributaire et la production des CV des ingénieurs la composant ne suffit pas à démontrer la dénaturation alléguée s'agissant d'une notation qui peut être qualifiée de bonne et étant relevé que l'équipe relative aux travaux d'ascenseurs n'est pas précisée. De même, pour ce qui concerne la méthodologie (note de 10,28/15), les requérantes ne démontrent pas la dénaturation alors qu'en défense est relevé l'insuffisance du niveau de détail et l'adaptation de la méthode au projet. Enfin, pour ce qui concerne l'appréciation du planning détaillé, la seule référence aux délais figurant au CCAP, qui témoigne seulement de la régularité de l'offre, ne suffit pas à mettre en évidence une dénaturation alors que l'appréciation de l'offre incluait nécessairement l'articulation des interventions entre les différents lots, au nombre de cinq, et l'adéquation entre les effectifs et les durées d'intervention par tâche.

14. Le moyen tiré de la prétendue dénaturation, par la collectivité de Saint-Martin de l'offre de la société Ingénierie construction moderne (ICM) et la société Dormoy Lewis doit donc être écarté. Par suite, en l'absence de dénaturation, comme exposé au point 11, l'examen de l'appréciation des critères de sélection n'entre pas dans l'office du juge du référé contractuel.

15. En deuxième lieu, les sociétés requérantes font valoir que les critères de notation des offres sont irréguliers, dès lors qu'ils ont conduit à ce qu'une offre au prix de 1 803 911,90 euros plus élevé que le prix de leur offre soit retenue, après mise en œuvre des autres critères de sélection, alors que l'annexe 2 du règlement de la consultation prévoit que c'est l'offre économiquement la plus avantageuse qui doit être retenue. Si les requérantes soulignent à l'appui du moyen soulevé la circonstance que leur offre a obtenu la note maximum, à savoir 45/45 sur le critère du prix, les autres critères représentaient 55 points sur 100, soit plus de la moitié de la note finale, témoignant ainsi de la volonté de la collectivité de ne pas conférer au critère prix un caractère essentiel. Par

ailleurs, le règlement de la consultation du marché en cause précisait les modalités d'analyse des offres, la définition des critères, leur méthode d'appréciation ainsi que leur pondération respective. Il résulte de l'instruction que l'ensemble des critères du marché en litige est énoncé de façon précise et que ces derniers sont liés à l'objet du marché et à ses conditions d'exécution et n'apparaissent pas, en tout état de cause, comme étant de nature à conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur public. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'obligation de mise en concurrence en raison de l'irrégularité des critères de notation doit être écarté.

16. Enfin, aux termes de l'article L. 3 du code de la commande publique : " Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. / Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. ". L'article L. 2113-10 du même code ajoute que : " Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. / L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots () ". L'article L. 2113-11 de ce même code précise que : " L'acheteur peut décider de ne pas allouer un marché dans l'un des cas suivants : / 1° Il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ; / 2° La dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. / Lorsqu'un acheteur décide de ne pas allouer le marché, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision. ". Enfin, aux termes de l'article R. 2113-3 du même code : " L'acheteur qui décide de ne pas allouer un marché répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix : / 1° Dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article R. 2184-1, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ; / 2° Parmi les informations qu'il conserve en application des articles R. 2184-7 et R. 2184-8, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice. ".

17. Les sociétés requérantes font valoir que, d'une part, le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article L. 2113-11 du code de la commande publique en ayant recours à des macro-lots, et, d'autre part, qu'il a méconnu l'article L. 2113-10 alinéa 1er du même code dans le choix de la composition des macro-lots, constituant un manquement à ses obligations de mise en concurrence.

18. Plus particulièrement, les sociétés requérantes soutiennent que le pouvoir adjudicateur a méconnu l'obligation de procéder à l'allotissement du marché dans la mesure où ce dernier porte sur différents types de prestations techniques qui auraient pu faire l'objet de marchés distincts et relève l'absence de cohérence, dès lors qu'il n'existe pas, selon elles, une quelconque homogénéité technique ni fonctionnelle. Il résulte toutefois de l'instruction que les sociétés requérantes n'ont pas fait état de difficultés dans l'établissement de leur offre en relation avec les quatre autres lots regroupant chacun plusieurs corps de métiers. Elles ne démontrent pas que les prestations du lot A, ni des autres lots d'ailleurs, à réaliser ne peuvent être regardées, eu égard à leur nature et à leur forte interdépendance liée aux techniques mises en œuvre, comme des prestations distinctes justifiant la passation de marchés par lots séparés correspondants à chaque corps de métiers. Ce moyen doit, par suite, être écarté.

19. Il résulte de tout ce qui précède, et dès lors que les sociétés requérantes n'établissent pas que la collectivité de Saint-Martin a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence, que les conclusions de la requête fondées sur l'article L. 551-18 doivent être rejetées.

Sur l'application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative :

20. Le rejet des conclusions présentées par la société Ingénierie construction moderne (ICM) et la société Dormoy Lewis sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée, même d'office, une sanction sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, si le contrat litigieux 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 du code de justice administrative. En l'espèce, le contrat a été signé pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Eu égard à la nature du manquement constaté, qui n'affecte pas la substance même de la concurrence, il n'y a pas lieu d'annuler le contrat passé par la collectivité de Saint-Martin. En revanche, eu égard au comportement de la collectivité de Saint-Martin, qui a signé le contrat le 14 décembre 2022 après avoir décidé de son attribution, sans s'être assurée de l'existence d'un éventuel référé précontractuel qui lui aurait été notifié, il y a lieu d'infliger à la collectivité de Saint-Martin une pénalité financière d'un montant de 10 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Sur les frais de litige :

21. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les parties au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la société Ingénierie construction moderne (ICM) et de la société Dormoy Lewis est rejetée.

Article 2 : Une pénalité de 10 000 euros, qui sera versée au Trésor public, est infligée à la collectivité de Saint-Martin en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions de la collectivité de Saint-Martin présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente ordonnance sera notifiée aux sociétés Ingénierie construction moderne (ICM) et Dormoy Lewis, à la collectivité de Saint-Martin et à la société GTM Saint-Martin.

Copie en sera adressée à la direction régionale des finances publiques de Guadeloupe.

Fait à Basse-Terre, le 24 février 2023.

Le juge des référés,

Signé :

O. A.

La greffière,

Signé :

L. Lubino La République mande et ordonne au préfet de la Guadeloupe en ce qui le concerne ou à tous commissaires à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente ordonnance.

Pour expédition conforme,

La greffière,

Signé :

L. Lubino