

TA31
Tribunal Administratif de Toulouse
2301007
2023-03-20
SYMCHOWICZ WEISSBERG ET ASSOCIES
Décision
Excès de pouvoir
D
Satisfaction totale

Vu la procédure suivante :

Par une requête et deux mémoires complémentaires, enregistrés le 22 février 2023, le 23 février 2023 et le 8 mars 2023, la société C.V.H., représentée par Me Bertrand, demande au juge des référés sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler partiellement la procédure de passation des lots n° 1 et n° 2 du marché engagée par la direction régionale Occitanie de Pôle emploi ayant pour objet la mise en œuvre de prestations de services d'insertion professionnelle de type " valoriser son image pro " à destination des personnes à la recherche d'un emploi en région Occitanie ;

2°) d'enjoindre à Pôle emploi de reprendre la procédure de passation concernant les lots n° 1 et n° 2 au stade de l'analyse des offres ;

3°) de mettre à la charge de Pôle emploi la somme de 2 500 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle expose que :

-contrairement à ce qu'a estimé le pouvoir adjudicateur, son offre est bien conforme aux exigences du CCFT tant s'agissant de la durée de l'entretien collectif de contractualisation que de celle de l'entretien de mi-parcours ;

-en tout état de cause, en adressant dans son offre le contrat revêtu de sa signature et de la mention de son acceptation de celui-ci, elle s'est nécessairement engagée à satisfaire à l'exigence de durée de ces entretiens et à prendre en charge l'ensemble des frais y afférant et Pôle emploi a donc méconnu les obligations de publicité et mise en concurrence en rejetant comme irrégulière l'offre du groupement C.V.H./ EPLEFPA de Nîmes-Rodilhan/Centre ABC ;

-dans l'hypothèse même où l'offre pourrait être regardée comme étant irrégulière, Pôle emploi ne pouvait en tout état de cause la rejeter dès lors que l'article VII.2.2 du règlement de la consultation précise que, en cas de négociations, celles-ci se tiennent avec l'ensemble des candidats ayant déposé une offre, sauf à ce que leur offre soit inappropriée ou anormalement basse, cette exclusion ne visant donc pas les offres irrégulières ;

-son offre ayant été déclarée à tort irrégulière, elle a été privée de la chance de voir cette offre analysée et classée et de potentiellement remporter le marché, et justifie ainsi d'un intérêt lésé ;

-Pôle emploi ne peut valablement faire valoir qu'elle ne peut en aucun cas avoir été lésée dès lors que son offre n'aurait en tout état de cause pas été, après analyse, retenue.

Par un mémoire en défense enregistré le 3 mars 2023, Pôle emploi, représenté par Me Letellier, conclut au rejet de la requête et demande que soit mise à la charge de la société C.V.H. la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

-le moyen tiré de l'illégalité du double constat d'irrégularité de l'offre est inopérant dès lors que la société requérante ne peut en aucun cas être lésée par le manquement invoqué, les notes obtenues après analyse la classant, pour le lot n° 1, quatrième sur cinq, et pour le lot n° 2, deuxième sur trois, ne lui permettant pas d'être déclarée attributaire de ces lots, y compris dans l'hypothèse où lui serait affectée la note de 5 sur 5 sur le sous-sous-critère qui n'a pas été noté ;

-c'est à raison qu'il a retenu les deux motifs d'irrégularité de l'offre ;

-à supposer même que les vices allégués soient avérés, la reprise de l'analyse des offres n'aurait aucune utilité dans les circonstances de l'espèce dès lors que la notation qui serait alors attribuée ne serait pas de nature à conduire à l'attribution des marchés considérés.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a délégué M. A, en application des articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative, pour statuer sur les référés précontractuels.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 10 mars 2023 en présence de Mme Tur, greffière d'audience :

-le rapport de M. A,

-les observations de Me Bertrand, représentant la société C.V.H., qui a repris ses écritures,

-et les observations de Me Letellier, représentant Pôle emploi, qui a repris ses écritures.

La clôture de l'instruction a été différée au 14 mars 2023 à 12h00.

Pôle emploi a remis au greffe du tribunal, sur le fondement des dispositions des articles R. 412-2-1 et R. 611-30 du code de justice administrative, des pièces confidentielles qu'elle a indiqué être couvertes par le secret des affaires et a demandé à ce qu'elles soient soustraites au contradictoire.

Un nouveau mémoire en défense, présenté pour Pôle emploi, a été enregistré le 13 mars 2023 et a été communiqué.

Un mémoire, présenté pour la société C.V.H., a été enregistré le 13 mars 2023 et a été communiqué.

Un dernier mémoire en défense, présenté pour Pôle emploi, a été enregistré le 14 mars 2023 et n'a pas été communiqué.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 11 décembre 2022, la direction régionale Occitanie de Pôle emploi a lancé une procédure en vue de l'attribution d'un marché à prix unitaire ayant pour objet la mise en œuvre de prestations de service d'insertion professionnelle de type " valoriser son image pro " à destination des personnes à la recherche d'un emploi en région Occitanie. La société C.V.H. a déposé une offre en groupement avec l'établissement public local d'enseignement et de formation professionnelle Agricoles (EPLEFPA) de Nîmes-Rodilhan et l'association Centre d'accompagnement et de bilan de compétence - Centre ABC. Par courrier du 17 février 2023, le pouvoir adjudicateur a informé la société C.V.H., en sa qualité de mandataire du groupement, du rejet de son offre concernant les lots n° 1 et n° 2 de ce marché au motif qu'elle n'était pas conforme au cahier des charges fonctionnel et technique (CCFT) s'agissant de la durée de l'entretien collectif de contractualisation et de l'entretien de mi-parcours. Par la présente requête, la société C.V.H. demande au juge des référés, sur le fondement des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation de ce marché en tant qu'elle concerne les lots n° 1 et n° 2 et d'enjoindre à la direction régionale Occitanie de Pôle emploi de reprendre la procédure pour les lots concernés au stade de l'analyse des offres.

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. () / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat. ". Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : " 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. ".

L'article L. 551-10 prévoit que : " Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu

par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local. () ".

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'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. 2152-1 du code de la commande publique : " L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. ". Aux termes de l'article L. 2152-2 du même code : " Une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. ".

5. Un pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement de la consultation.

6. En l'espèce, pour rejeter l'offre de la société C.V.H. comme irrégulière, la direction régionale Occitanie de Pôle emploi a relevé, d'une part, qu'alors que l'article 5.1 du CCFT précisait que l'entretien collectif de contractualisation devait durer au moins une heure trente, la société a proposé dans son offre une durée maximum d'une heure trente pour cet entretien collectif, d'autre part, qu'alors que l'article 5.5 du CCFT précisait que l'entretien à mi-parcours devait durer une heure, la société a proposé dans son offre un diagnostic de mi-parcours d'une durée d'une heure maximum.

7. Toutefois, et d'une part, il ressort des énonciations de la proposition technique présentée par la société C.V.H. pour les lots n° 1 et n° 2 du marché en cause, en particulier des pages 2/55 et 11/55 du cadre de réponse, que l'entretien collectif de contractualisation prévu à l'article 5.1 du CCFT apparaît être décomposé en deux séquences, la première consistant en une " information collective de 1h30 maximum ", au cours de laquelle est présentée la prestation avec projection de supports visuels décrivant notamment le contenu, l'objectif, les modalités, les outils et les attendus, chaque diapositive donnant lieu à des moments de questions réponses, suivie d'une séquence consacrée à la présentation de la charte d'adhésion avec son contenu, son engagement, son objectif, le document précisant que " Le (la) bénéficiaire se voit proposer une date de rendez-vous en vue de l'entretien diagnostic. Un temps sera réservé à la passation du questionnaire d'évaluation des savoir-être professionnels (questionnaire fourni par Pôle emploi). Le (la) consultant (e) organise un jeu collectif inclusif autour de la définition des compétences dont les 16 savoir-être professionnels qui seront approfondis, travaillés lors de la prestation. ". Dans ses écritures en défense, la société C.V.H. ajoute que les étapes de la seconde séquence ne sont pas quantifiées en temps dans la mesure où elles sont conditionnées par des échanges avec chacun des candidats (signature de la charte, proposition d'une date de rendez-vous à chaque bénéficiaire, passation par chaque bénéficiaire d'un questionnaire), le nombre de participants étant inconnu. Il apparaît donc clairement, ainsi que le soutient expressément la société requérante, que la durée d'une heure trente maximum n'est liée qu'à une seule séquence au sein de l'entretien de contractualisation qui en comporte plusieurs et il ne ressort aucunement des énonciations contenues dans le cadre de réponse que celle-ci aurait indiqué que la totalité de cet entretien de contractualisation serait d'une durée d'une heure trente maximum. Cette décomposition en séquences apparaissant clairement dans l'offre en litige, Pôle emploi ne saurait sérieusement opposer, comme il le fait dans ses écritures en défense, le fait qu'elle ne prévoirait pas in extenso l'organisation d'un entretien collectif de contractualisation mais simplement une information collective, cette information collective étant contenue dans l'entretien collectif de contractualisation. Par ailleurs, contrairement à ce que fait également Pôle emploi dans ses écritures en défense, l'offre litigieuse prévoit bien, outre un entretien individuel de contractualisation, un entretien individuel de diagnostic, d'une durée de trente minutes minimum, conformément aux prescriptions de l'article 5.2 du CCFT. La société C.V.H. est dès lors fondée à soutenir que c'est à tort que Pôle emploi a estimé que son offre méconnaissait les prescriptions de l'article 5.1 du CCFT et était pour ce motif irrégulière.

8. D'autre part, l'article 5.5 du CCFT du marché en cause, intitulé " entretien à mi-parcours ", prescrit que " Après avoir suivi la totalité du parcours socle, un entretien individuel d'une durée d'une heure est mené par le référent. L'entretien peut être réalisé en présentiel physique ou à distance. La modalité de réalisation est définie avec le bénéficiaire en fonction de ses besoins,

contraintes et en tenant compte de son aisance numérique. ". Telle qu'elle est formulée, sans qu'il soit précisé que la durée de cet entretien individuel ne saurait être inférieure à une heure, cette prescription ne peut avoir qu'une portée indicative. Dès lors, en proposant dans son offre un rendez-vous d'une heure maximum, la société C.V.H. ne peut être regardée comme ayant méconnu cette prescription. C'est en conséquence à tort que Pôle emploi a estimé que cette offre était irrégulière sur ce point.

9. Il résulte de ce qui a été dit aux points 7 et 8 ci-dessus qu'en rejetant l'offre de la société C.V.H. comme irrégulière, la direction régionale Occitanie de Pôle emploi a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

10. Si Pôle Emploi fait valoir que la société C.V.H. ne saurait être lésée dès lors que l'analyse de son offre, à laquelle il a été procédé en affectant fictivement les notes maximales au sous-sous-critère sur lequel elle a été estimée défaillante, la place en toute hypothèse en position de ne pas être attributaire des deux lots auxquels elle postule, la décision du 17 février 2023 par laquelle cette offre a été déclarée irrégulière a fait obstacle à ce que la commission des marchés du pouvoir adjudicateur procède à une analyse complète et simultanée de l'ensemble des offres. Par ailleurs, ainsi que le fait valoir la société requérante, elle ne pouvait, dans le cadre de la présente instance, se prévaloir que des manquements tenant à la contestation de l'irrégularité de son offre et éventuellement d'autres manquements qui sont liés, ou qui pourraient être indirectement la cause, de cette irrégularité, et, du fait de ce rejet pour irrégularité, elle a été privée de la possibilité de demander les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché. Dans ces conditions, il y a lieu de regarder la société C.V.H. comme justifiant d'un intérêt lésé.

11. Au regard du manquement retenu, il y a lieu d'annuler la procédure menée pour les lots n° 1 et 2 de la consultation en litige au stade de l'examen et de la sélection des offres. Il appartient à la direction régionale Occitanie de Pôle emploi, si elle entend conclure le marché en cause pour ces deux lots, de reprendre la procédure au stade de la sélection des offres.

Sur les conclusions aux fins d'injonction :

12. Eu égard au motif de l'annulation prononcée au point 10 de la présente ordonnance, il y a lieu d'enjoindre au directeur régional Occitanie de Pôle emploi, s'il entend conclure un marché ayant le même objet, de réintégrer la société C.V.H. dans la procédure de passation au stade de l'analyse des offres pour les lots n° 1 et n° 2 et à procéder à l'étude de son offre.

Sur les frais liés au litige :

13. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : " Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. ".

14. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société C.V.H., qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que Pôle emploi demande au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de Pôle emploi une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la société C.V.H. et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1er : La procédure de passation des lots n° 1 et n° 2 du marché ayant pour objet la mise en œuvre de prestations de services d'insertion professionnelle de type " valoriser son image pro " à destination des personnes à la recherche d'un emploi en région Occitanie engagée le 11 décembre 2022 par la direction régionale Occitanie de Pôle emploi est annulée au stade de l'analyse des offres.

Article 2 : Il est enjoint au directeur régional Occitanie de Pôle emploi, s'il entend conclure un marché ayant le même objet, de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres pour les lots n° 1 et n° 2 et à procéder à l'étude de l'offre présentée par la société C.V.H..

Article 3 : Pôle emploi versera à la société C.V.H. une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de Pôle emploi présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société C.V.H. et à Pôle emploi.

Fait à Toulouse, le 20 mars 2023.

Le juge des référés,

B. A

La greffière,

P. TUR

La République mande et ordonne au ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion 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 ordonnance.

Pour expédition conforme,

la greffière en chef,

ou par délégation, la greffière,