

TA31
Tribunal Administratif de Toulouse
2402941
2024-05-29
ERNST & YOUNG SOCIETE D'AVOCATS
Décision
Excès de pouvoir
D
Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des mémoires complémentaires, enregistrés les 17, 27 et 28 mai 2024, la société Innov'ATM, représentée par Me Charruyer, demande au juge des référés sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

- 1°) de suspendre la procédure de passation du marché public de gestion des demandes d'accord des activités drones dans les espaces aériens des aérodromes lancé par la Direction des Services de la Navigation Aérienne (DSNA) ;
- 2°) d'annuler la décision de l'entité adjudicatrice du 7 mai 2024 l'informant du rejet de son offre ;
- 3°) d'ordonner à la DSNA de produire le rapport d'analyse des offres ;
- 4°) d'ordonner à la DSNA de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et de reprendre la procédure au stade de la négociation ;
- 5°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- sa requête est recevable ;
- le pouvoir adjudicateur a méconnu les dispositions de l'article R. 2161-23 du code de la commande publique en attribuant le marché sans procéder à la négociation annoncée ;
- les documents de la consultation ne permettent pas d'évaluer le montant maximum de l'accord-cadre sur sa durée de base ;
- la note 0/30 qu'elle a obtenue sur le critère prix est erronée ; elle ignore les modalités d'établissement de cette note ;
- le critère prix a été neutralisé ; l'absence de publicité des scénarii de commandes et la prise en compte des activités annexes dans la formule de calcul sont de nature à fausser l'évaluation de ce critère ; si ces activités annexes ont été intégrées à l'évaluation de la note technique, cela la rend également suspecte, si elles ne l'ont pas été, c'est qu'elles n'ont aucun rapport avec l'objet du marché ;
- l'application d'une note nulle à toute offre supérieure à deux fois l'offre la moins-disante méconnaît l'égalité de traitement et porte atteinte à la concurrence pour les négociations que l'entité adjudicatrice a l'obligation de mener ;
- l'offre retenue est anormalement basse ; la production de pièces jointes censurées dans leur intégralité n'est pas de nature à établir l'absence d'offre anormalement basse ;
- les formalités d'information prévues par les articles R. 2181-1 et suivants du code de la commande publique n'ont pas été respectées ; elle ne dispose pas des éléments lui permettant de comprendre les notes qui lui ont été attribuées ; il est nécessaire qu'elle obtienne les motifs détaillés de rejet et des notes affectés à chacun des sous-critères.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 24 et 28 mai 2024, le ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires, représenté par Me Briec, conclut au rejet de la requête et demande que soit mise à la charge de la société Innov'ATM la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir que :

- la requête est irrecevable à défaut pour la société requérante de justifier de sa qualité à agir ;

- les conclusions tendant à ce que soient ordonnées la suspension de la procédure et la production du rapport d'analyse des offres sont irrecevables ;
- les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Par un mémoire distinct enregistré le 28 mai 2024, la DSNA a produit en intégralité et non occultée, une copie des courriers par lesquels le groupement désigné attributaire et un autre candidat ont répondu au courrier leur demandant des précisions et justifications sur le montant de leur offre dans le cadre de la procédure de détection des offres susceptibles d'être anormalement basses prévue par l'article L. 2152-6 du code de la commande publique et a demandé que ces pièces soient soustraites au contradictoire en application des dispositions de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative.

La requête a été communiquée aux sociétés Clearance et Hologarde qui n'ont pas produit d'écritures.

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. B, 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 28 mai 2024, en présence de Mme Guérin, greffière d'audience :

-le rapport de M. B,

-les observations de Me Charruyer, représentant la société Innov'ATM, qui a repris ses écritures et a notamment insisté, d'une part, sur la circonstance que l'absence d'éléments sur les scénarii utilisés pour la mise en œuvre du critère prix constitue un obstacle pour qu'elle puisse apprécier les motifs de son classement et, d'autre part, sur le fait que l'utilisation des activités annexes dans ces scénarii a altéré l'appréciation des offres,

-et les observations de Me Leconte, représentant la ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires, qui a repris ses écritures en rappelant notamment que l'appréciation financière des offres d'un accord-cadre à bons de commande repose nécessairement sur des simulations de commandes qu'il n'appartient pas à l'acheteur de communiquer au préalable et que les entreprises les moins-disantes, dont le groupement attributaire, ont largement justifié du montant de leurs offres financières.

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

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis paru le 12 janvier 2024, le ministère des transports, représenté par la DSNA, a lancé une consultation en vue de la passation d'un accord-cadre à bons de commandes mono-attributaire avec montant minimum et maximum ayant pour objet la gestion des demandes d'accord des activités drones dans les espaces aériens dont elle assure la gestion. La société Innov'ATM s'est portée candidate pour l'attribution de ce marché mais s'est vu informer, par un courrier du 7 mai 2024, du rejet de son offre et de la désignation du groupement Clearance/Hologarde comme attributaire de ce marché. Par la présente requête, la société Innov'ATM demande au juge des référés, sur le fondement des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, de suspendre la procédure de passation de cet accord-cadre, d'annuler la décision précitée et d'ordonner à l'Etat de produire le rapport d'analyse des offres et la reprise, au stade de la négociation des offres, de la procédure de passation.

Sur la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative :

2. Aux termes de l'article R. 412-2-1 du code de justice administrative : " Lorsque la loi prévoit que la juridiction statue sans soumettre certaines pièces ou informations au débat contradictoire ou lorsque le refus de communication de ces pièces ou informations est l'objet du litige, la partie qui produit de telles pièces ou informations mentionne, dans un mémoire distinct, les motifs fondant le refus de transmission aux autres parties, en joignant, le cas échéant, une version non confidentielle desdites pièces après occultation des éléments soustraits au contradictoire. Le mémoire distinct et, le cas échéant, la version non confidentielle desdites pièces, sont communiqués aux autres parties. / () / Si la juridiction estime que ces pièces ou informations ne se rattachent pas à la catégorie de celles qui peuvent être soustraites au contradictoire, elle les renvoie à la partie qui les a produites et veille à la destruction de toute copie qui en aurait été faite. Elle peut, si elle estime que ces pièces ou informations sont utiles à la solution du litige, inviter la partie concernée à les verser dans la procédure contradictoire, le cas échéant au moyen des applications informatiques mentionnées aux

articles R. 414-1 et R. 414-2. Si la partie ne donne pas suite à cette invitation, la juridiction décide des conséquences à tirer de ce refus et statue sans tenir compte des éléments non soumis au contradictoire. ()".

3. Les courriers échangés entre la DSNA et le groupement attributaire et un autre candidat à l'attribution de l'accord-cadre dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de détection d'une offre susceptible d'être anormalement basse, apparaissent utiles à la solution du litige. Compte tenu de la valeur commerciale non contestée que revêtent les éléments contenus dans ces pièces, le secret des affaires fait obstacle à ce que celles-ci soient soumises au contradictoire. Il sera donc statué au vu de ces pièces par une motivation adaptée pour ne pas porter atteinte au secret des affaires.

Sur les fins de non-recevoir :

4. En premier lieu, aux termes de l'article L. 551-4 du code de justice administrative : " 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 ". L'Etat est donc fondé à soutenir que les conclusions de la requête tendant à ce qu'il lui soit enjoint de différer la signature du contrat litigieux sont dépourvues d'objet et par suite irrecevables.

5. En deuxième lieu, il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels tel que défini par l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'ordonner la communication du rapport d'analyse des offres, il y a donc lieu de rejeter la demande présentée par la société requérante.

6. En troisième lieu, il résulte des productions de la société Innov'ATM que le présent recours a été régulièrement introduit par M. A qui en est président et directeur général délégué et qui la représente à l'égard des tiers en application de l'article L. 227-6 du code de commerce. La fin de non-recevoir tirée de l'absence de qualité pour présenter le recours ne peut dès lors être accueillie.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

7. 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 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. ()".

8. Il appartient au juge des référés, saisi en vertu des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, 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 manière suffisamment vraisemblable de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

En ce qui concerne la méconnaissance des articles R. 2181-3 et R. 2181-4 du code de la commande publique :

9. L'article L. 2181-1 du code de la commande publique pose comme principe que : " Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. " L'article R. 2181-1 dudit code dispose que : " L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre. ". 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 ". Enfin les dispositions de l'article R. 2181-4 de ce code prévoient que : " A la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : () / 2° Lorsque le marché a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue. ".

10. L'information sur les motifs du rejet de son offre dont est destinataire l'entreprise en application des dispositions précitées a, notamment, pour objet de permettre à la société non retenue de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence. Cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations, mentionnées aux articles du code de la commande publique précités, a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

11. En l'espèce, il ressort des énonciations de la lettre du 7 mai 2024 par laquelle la DSNA a informé la société Innov'ATM du rejet de son offre qu'elle fait mention, d'une part, du nom de la société attributaire, des notes que celle-ci a obtenues sur chacun des critères et sa note, d'autre part, des notes qu'elle a elle-même obtenues sur chacun des critères et sa note totale, et qu'elle fait également état de son classement au terme de l'analyse des offres, soit en quatrième rang. Ce faisant, et alors qu'elle n'a pas présenté de demande de motivation supplémentaire du rejet de son offre prévue par les dispositions précitées de l'article R. 2181-4 du code de la commande publique, la société Innov'ATM n'est pas fondée à soutenir que les informations qui lui ont été apportées n'étaient pas suffisantes pour lui permettre de contester utilement le rejet qui lui a été opposé.

En ce qui concerne la méconnaissance de l'article L. 2161-23 du code de la commande publique :

12. Aux termes de l'article L. 2161-23 du code de la commande publique : " L'entité adjudicatrice peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'elle se réserve la possibilité de le faire ".

13. Contrairement à ce que soutient la société Innov'ATM, les documents de la consultation et notamment le point VI.3 de l'avis de marché et les articles 3-1 et 6.3 du règlement d'appel public à candidature, indiquaient clairement qu'il était possible que le marché soit attribué sans recours à la négociation. Le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 2161-23 du code de la commande publique manque donc en fait.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe de transparence :

14. La société Innov'ATM soutient que le principe de transparence a été méconnu dans la mesure où elle n'aurait pas été mise à même de déterminer le montant maximum de l'accord-cadre au motif que ce dernier, conclu pour une période de trois ans et deux périodes de renouvellement d'un an, n'indiquait qu'un montant maximum de 2 000 000 d'euros pour une durée de cinq années et n'informait donc pas les candidats du montant maximum pour la période d'engagement ferme de trois ans. Cette société, qui rappelle que l'avis de marché indique une valeur de prestations de 1 000 000 d'euros, n'apporte toutefois aucun élément permettant d'estimer que le manquement allégué, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, l'avait lésée ou était susceptible de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente. Ce moyen doit être écarté.

En ce qui concerne la critique du critère prix :

15. Une entité adjudicatrice définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'elle a définis et rendus publics. Toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection 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 publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation.

16. En premier lieu, la société n'est donc pas fondée à soutenir que l'Etat aurait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne communiquant pas aux candidats la méthode de notation des offres.

17. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que la simulation de commandes mise en œuvre intègre l'intégralité des dix unités d'œuvre prévues par les documents de la consultation, y inclus celles dénommées annexes, à savoir les UO 2 à 10 qui ont pour objet, entre autres, d'assurer la formation des utilisateurs DSNA (UO 4), la connexion avec le système des Armées ou de mettre en place la communication et l'animation de l'écosystème U-space (UO 5 et 6) et d'assurer la réversibilité du marché au moment de son renouvellement (UO 10). Compte tenu de la cohérence du scénario retenu pour évaluer les offres, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la prise en compte de ces UO, qui bien qu'annexes ne sont pour autant pas accessoires à l'objet du marché, aurait conduit à fausser l'appréciation du prix des offres ou aurait eu pour effet de neutraliser ce dernier par la prépondérance offerte aux UO annexes.

18. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que la société requérante a obtenu une note de 0 sur 30 au critère prix par application d'une formule paramétrique, annoncée par les documents de la consultation, attribuant aux offres un coefficient de minoration de la note maximale résultant de leur différence avec l'offre la moins-disante. D'une part, aucune disposition du code de la commande publique, ni aucun principe ne fait obstacle à la mise en place d'une telle formule d'évaluation du critère prix. D'autre part, les entités adjudicatrices ne pouvant recourir à des méthodes de notation conduisant à l'attribution, pour un ou plusieurs critères, de notes négatives, l'attribution d'une note nulle aux offres d'un montant plus de deux fois supérieur à l'offre la moins-disante, qui prévient l'attribution d'une note négative lorsque la différence entre l'offre et l'offre la moins-disante est très importante, n'est pas non plus contraire aux règles ou aux principes de la commande publique.

En ce qui concerne le moyen tiré de ce que l'offre du groupement Clearance/Hologarde serait anormalement basse :

19. Aux termes de l'article L. 2152-5 du code de la commande publique : " Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché ". En vertu de l'article L. 2152-6 du même code : " L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. / Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. / Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. "

20. Il résulte des dispositions du code de la commande publique citées au point 19 que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe à l'entité adjudicatrice qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, sans être tenu de lui poser des questions spécifiques. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient à l'entité adjudicatrice de rejeter l'offre. Le caractère anormalement bas ou non d'une offre ne saurait résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres que les explications fournies par le candidat ne sont pas de nature à justifier et il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché.

21. Il résulte de l'instruction qu'après examen des offres du groupement attributaire et d'un autre candidat, qui a présenté l'offre la moins-disante, la DSNA, constatant la présentation de deux offres largement inférieures au coût estimé du marché, a mis en œuvre la procédure décrite à l'article L. 2152-6 du code de la commande publique et a, après réponse de ces opérateurs, choisi de ne pas écarter leurs offres en tant qu'elles seraient anormalement basses. Il résulte du courrier en réponse transmis par le groupement désigné attributaire que ses offres de prix reposaient, entre autres, sur l'architecture particulière des outils informatiques et numériques mis en œuvre pour l'exécution du marché et sa capacité à mutualiser les moyens mis en œuvre par leur utilisation auprès d'autres acteurs. Au regard de ces éléments, à la circonstance que la différence de prix entre l'offre retenue et celle de la société requérante repose principalement sur le chiffrage proposé des prestations dites annexes, il ne résulte pas de l'instruction que les prix proposés par le groupement Clearance/Hologarde soient en eux-mêmes manifestement sous-évalués et, ainsi, susceptibles de compromettre la bonne exécution du marché.

22. Il résulte de tout ce qui précède qu'aucun des manquements dont se prévaut la société requérante n'est susceptible de l'avoir lésée ou risque de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent. Il suit de là que les demandes de la société Innov'ATM doivent être rejetées, ainsi que, par voie de conséquence, ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Innov'ATM une somme de 2 000 euros à verser à l'État au titre des mêmes dispositions.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de la société Innov'ATM est rejetée.

Article 2 : La société Innov'ATM versera au ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires une somme de 1 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Innov'ATM, au ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires et aux sociétés Clearance et Hologarde.

Fait à Toulouse, le 29 mai 2024.

Le juge des référés,

S. B

La greffière,

S. GUÉRIN

La République mande et ordonne au ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires 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,