

TA78
Tribunal Administratif de VERSAILLES
2405921
2024-08-05
SCP ALAIN LEVY ET ASSOCIES
Ordonnance
Plein contentieux

Rejet

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 12 juillet 2024, la société Entreprise Charpentier, représentée par Me Vaillant, demande au juge des référés, statuant par application des dispositions de l'article L.551-1 du code de justice administrative :

1°) d'annuler la décision du 25 juin 2024 par laquelle la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois a rejeté son offre ;

2°) d'annuler la procédure de passation de ce marché à compter de la phase d'examen des offres ;

3°) d'enjoindre à la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois de reprendre la procédure d'appel d'offres en se conformant à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

4°) de mettre à la charge de la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ainsi qu'aux entiers dépens.

Elle soutient que :

- le pouvoir adjudicateur a méconnu les règles de publicité et de mise en concurrence, dès lors qu'il a accordé une visite supplémentaire à la société Engie alors que le règlement de consultation en prévoyait seulement deux, les 24 avril et 15 mai 2024, pour l'ensemble des candidats ; en outre lors de cette visite, la société Engie a eu accès à des sites qui n'étaient pas accessibles lors des deux autres visites prévues par le règlement de consultation ;

- le pouvoir adjudicateur a méconnu les règles de mise en concurrence, dès lors qu'il a intégré des spécifications techniques discriminatoires au sein du marché, tendant à l'investissement par la société sélectionnée, d'une somme de 2 365 082, 69 euros en vue de la réalisation de travaux d'amélioration énergétique et qu'en raison du montant de la somme à investir, cette clause avait vocation à dissuader les petites et moyennes entreprises de candidater à l'appel d'offre ;

- la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois a introduit au sein de son offre, un poste " P4 " interdit pour un marché public puisqu'il implique un préfinancement d'origine privée sur une année entière de la part du titulaire du contrat et méconnaît par conséquent l'article L. 2191-5 du code de la commande publique qui prohibe les paiements différés pour les marchés passés par les collectivités territoriales ;

- le pouvoir adjudicateur a manqué à son devoir d'information loyale et d'impartialité, dès lors qu'il a fourni des réponses lacunaires et incorrectes à ses questions consécutives au changement des exigences quant à la classe du système " GTB ", alors qu'il a adressé des réponses plus longues et complètes à la société Engie, s'engageant même à lui envoyer des documents supplémentaires à cette occasion.

Par un mémoire, enregistré le 31 juillet 2024, la commune de Sainte Geneviève des Bois, représentée par son maire en exercice, ayant pour avocat Me Salaün, conclut au rejet de la requête et à ce qu'il soit mis à la charge de l'entreprise Charpentier la somme de 5 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le moyen tiré de ce que la société Engie a bénéficié d'une visite supplémentaire est inopérant en ce que ses intérêts n'ont nullement été lésés dans la mesure où la société Charpentier a bénéficié du même nombre de visites, à savoir deux, et que leurs visites ont été identiques puisque les agents du service technique de la commune se sont bornés à leur présenter les installations du site faisant l'objet du marché ; de plus, le seul impératif posé par le règlement de consultation était que les

candidats effectuent au moins une visite, sans que rien n'empêche que des visites supplémentaires soient organisées ; en outre contrairement à ce que soutient la requérante, la société Engie n'a pas participé aux deux visites prévues par le règlement mais seulement à la deuxième ; enfin la visite des lieux ne présentait aucune utilité au stade de l'appréciation des offres et la visite décalée n'a pas affectée l'appréciation de l'offre faite par la requérante ;

-le moyen tiré de ce que le poste " P4 " du marché serait discriminatoire est inopérant dans la mesure où la société Charpentier n'a pas été lésée par celle-ci ; elle a en effet pu présenter une offre alors que si la clause avait bel et bien été discriminatoire à l'égard des petites et moyennes entreprises dont elle fait partie, cela aurait été constaté dès le lancement de la procédure ; enfin, l'offre de la société démontrait qu'elle était dans la capacité de procéder aux investissements requis, en témoigne d'ailleurs un marché lancé par la commune de Brétigny-sur-Orge dont elle est titulaire et qui nécessite des investissements similaires ;

-le moyen tiré de l'illégalité des conditions de paiement de la prestation " P4 " est tout aussi inopérant puisqu'il ne se rapporte aucunement à un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence mais aux conditions d'exécution du contrat dont le juge du référé précontractuel n'a pas à connaître ; en tout état de cause, même si ce moyen était fondé, la société Charpentier n'a subi aucune lésion puisqu'elle a présenté une offre ayant reçu la meilleure note concernant le prix proposé et qu'enfin, même si au stade de la notation, la prestation P4 était neutralisée, elle n'obtiendrait pas le marché et demeurerait troisième ;

-le moyen tiré du défaut de loyauté et d'impartialité des informations transmises dans les questions/réponses est également inopérant puisque la requérante n'a pas été lésée ; tout d'abord, les réponses aux questions posées sont toutes disponibles sur le site Achatpublic.com et par conséquent, la société Charpentier avait accès aux réponses données à la société Engie ; en outre, l'entreprise Charpentier a particulièrement bénéficié des réponses données par la commune dans la mesure où le passage de la classe A aux exigences du décret " BACS " concernant le système " GTB " a permis à celle-ci de proposer un système de classe " C " ; enfin, même dans l'hypothèse d'une neutralisation du critère de notation comprenant le système " GTB " la société requérante se classerait troisième.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a délégué Mme Dely, première vice-présidente du tribunal, en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, pour statuer sur les référés.

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

Une première audience publique s'est tenue le 1er août 2024 à 11 heures, en présence de Mme Paulin, greffière d'audience, Mme Dely, juge des référés, Me Vaillant et Me Marchand. Le mémoire en défense produit la veille par la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois n'ayant pas été transmis à la société requérante, l'audience a été reportée au lendemain.

Par un mémoire, enregistré le 2 août 2024, la société Charpentier, représentée par Me Vaillant, conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens.

Elle soutient en outre que :

- la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois reconnaît que la société Engie a bénéficié d'une visite supplémentaire alors même que les autres candidats n'ont pas été avertis de celle-ci ;

-la clause P4 est bel et bien discriminatoire dans la mesure où, en raison de son faible chiffre d'affaires annuel de dix-huit millions d'euros hors taxes, elle a été contrainte de solliciter un prêt auprès de sa banque qui lui a été refusé ;

-la commune fait valoir à tort qu'elle pouvait financer le poste P4 puisqu'elle serait actuellement titulaire d'un marché similaire conclu avec la commune de Brétigny-sur-Orge, alors que celui-ci n'exige pas de travaux de financement.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 2 août 2024 à 15 heures, en présence de Mme Paulin, greffière d'audience :

- le rapport de Mme Dely, première vice-présidente, juge des référés ;

- les observations de Me Vaillant pour la société Charpentier qui, en réponse aux questions du juge des référés, reprend les conclusions et moyens développés à l'écrit et fait valoir que l'organisation d'une visite pour la seule société Engie, en-dehors des dates prévues par le règlement de la consultation, l'a lésée dès lors que l'on ne peut savoir ce qui s'est dit durant cette visite entre l'adjudicateur et cette société, lauréate du marché ; elle précise qu'elle n'a pas engagé de recours précontentieux contre le poste " P4 " pour ne pas obstruer la procédure et que cette clause n'existe pas dans le marché qu'elle a remporté avec la commune de Brétigny-sur-Orge ; si elle ne peut

préciser en quoi techniquement les réponses qui lui ont été apportées étaient insuffisamment précises, les documents produits démontrent que la société Engie a obtenu des réponses plus complètes à ses propres questions et, enfin, que s'agissant du basculement de la classe A à la classe C, la période était trop courte pour modifier correctement son offre ;

- les observations de Me Marchand pour la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois qui reprend les conclusions et moyens développés à l'écrit en réponse aux questions du juge des référés et fait valoir que la visite des sites faite par la seule société Engie a pour origine une erreur de date dans le règlement du marché, rectifiée par la suite, qu'aucun échange technique n'a eu lieu à cette occasion, la société Engie ayant d'ailleurs visité moins de sites que les deux autres sociétés concurrentes et que l'appel d'offre comprenait les descriptions détaillées des équipements ; s'agissant du poste " P4 " il s'agit d'une mesure d'exécution du marché qui ne relève pas de l'office du juge des référés précontractuels, qu'en tout état de cause la société requérante a déposé une offre sans contester l'aspect discriminatoire de ce poste et qu'il a été répondu à ses questions sur ce point et, notamment, sur l'étalement de ce poste sur dix ans ; il appartient à la société requérante de démontrer en quoi les réponses étaient trop courtes et, s'agissant du passage de la classe A à la classe C, cela correspondait à un niveau de classification moins élevé.

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

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel public à la concurrence n° 24-32667 publié le 20 mars 2024 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public de service, ayant pour objet l'exploitation des installations de production, de distribution de chauffage et d'eau chaude sanitaire des bâtiments communaux n°24-05. La société Entreprise Charpentier a déposé sa candidature et son offre pour l'obtention de ce marché. Par une lettre du 25 juin 2024, notifiée le 11 juillet 2024, la commune l'a informée du rejet de sa candidature et de l'attribution du marché à la société Engie.

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

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

En ce qui concerne le moyen tiré de la réalisation de visites en dehors des dates convenues par le règlement de consultation :

3. Aux termes des dispositions 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 ".

4. En l'espèce, il résulte de l'article 4.1 du règlement de consultation qu'il était obligatoire pour les candidats de réaliser une visite des lieux avant de remettre une offre et que les deux dates prévues à cet effet étaient le mercredi 24 avril et le mercredi 15 mai 2024 de 8h30 à 12h.

5. La société requérante soutient que le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu dès lors que la commune a accordé une visite supplémentaire et plus approfondie, en dehors des dates prévues, à la société Engie. Toutefois, s'il résulte de l'instruction que la commune a bien permis à la seule société Engie, pour un motif d'erreur de date, de réaliser une visite en l'absence des autres sociétés candidates, manquant en cela à son devoir de transparence et d'égalité de traitement des candidats, pour autant, la société requérante ne démontre pas en quoi cette visite particulière aurait eu une incidence sur ses notations et l'aurait lésée ou risqué de la léser, la commune apportant pour sa part des attestations du personnel communal selon lesquelles aucun commentaire technique n'aurait été fait durant cette visite. Dès lors le moyen doit être écarté. En ce qui concerne le moyen tiré de ce que le marché présenterait des spécifications techniques discriminatoires empêchant les petites et moyennes entreprises de candidater :

6. Aux termes de l'article L. 2111-1 du code de la commande publique : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. ". Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur doit définir ses besoins avec suffisamment de précision pour permettre aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues, compte tenu des moyens nécessaires pour les réaliser. Le juge du référé précontractuel exerce sur le choix que fait le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il procède à la définition de son besoin et de l'objet même de la commande qui donne lieu à la passation du marché, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

7. La société requérante soutient que le poste " P4 " tendant à l'investissement, par la société titulaire dès le début du contrat, d'une somme de 2 365 082, 69 euros afin de réaliser des travaux d'amélioration de performance énergétique présente, un caractère discriminatoire, en ce qu'elle dissuaderait les petites et moyennes entreprises de répondre à la consultation. Il résulte toutefois de l'instruction que, d'une part, la société Charpentier n'a pas alerté la commune de l'existence de possibles clauses discriminatoires avant la date limite de dépôt des offres. D'autre part, il n'est pas contesté que la société Charpentier a présenté une offre ayant reçu la meilleure note concernant le prix proposé. Par conséquent, la société Charpentier n'établit pas que l'existence de cette clause l'aurait dissuadée de déposer sa candidature en vue de l'obtention de ce marché. Il s'ensuit que le manquement qu'elle allègue n'est pas susceptible de l'avoir lésé, fut-ce potentiellement, et doit par suite être considéré comme inopérant.

En ce qui concerne le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 2191-5 en ce que le mode de financement du poste " P4 " serait interdit en marché public pour cause de paiement différé du marché :

8. Aux termes de l'article L. 2191-5 du code de la commande publique : " Tout paiement différé est interdit dans les marchés passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements. ".

9. La société requérante soutient que le poste " P4 " du contrat, tendant à la réalisation de financement de travaux d'amélioration de performance énergétique grâce à l'investissement, par l'attributaire du contrat, d'une somme de 2 365 082, 69 euros, serait interdite en marché public, en raison de l'interdiction des paiements différés sur le fondement des dispositions rappelées au point précédent, dès lors que cette somme doit être investie la première année du contrat et alors qu'aucune somme n'aura encore été versée par l'acheteur pour l'exécution du marché. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que la société requérante, dont la candidature a été admise, qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché et qui a même obtenu la meilleure notation sur le critère du prix, soit susceptible d'avoir été ou d'être lésée par les irrégularités qu'elle invoque, à supposer celles-ci établies. Par suite le moyen ne peut être que rejeté.

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut de loyauté et d'impartialité du pouvoir adjudicateur dans les réponses fournies à la requérante :

10. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2152-7 du code de la commande publique : " Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du critère du prix ou du coût. L'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. () ". Aux termes de l'article R. 2152-11 de ce code : " Les critères d'attribution ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation. ".

11. Aux termes de l'article 3.3 du règlement de consultation : " Les candidats peuvent poser des questions jusqu'à 7 jours calendaires avant la remise des plis. L'acheteur peut modifier le dossier de

consultation jusqu'à six jours calendaires avant la remise des plis. Le nombre de jour comprend le jour de remise des plis. ".

12. Il résulte de l'instruction qu'à la suite de la modification de la classe de système " GTB " acceptée, passant de " A " à " C ", l'entreprise Charpentier a interrogé le pouvoir adjudicateur sur plusieurs points concernant ledit système et plus largement sur le poste " P4 " du marché concernant les travaux d'investissement à réaliser. La société requérante soutient que les réponses qui lui ont été fournies étaient lacunaires et ne lui permettaient pas d'être pleinement éclairée sur certains points techniques relatifs à l'installation du système de gestion technique, alors que la commune a été beaucoup plus complète dans les réponses qu'elle a apporté à la société Engie. Toutefois, d'une part, il ne résulte pas de l'instruction que les réponses apportés aux deux sociétés requérantes démontrent une réelle différence de traitement entre les candidats et auraient entachés la parfaite information de la requérante et, d'autre part, la circonstance que la commune se soit engagée à fournir des documents supplémentaires à la société Engie en réponse à certaines de ses questions ne traduit que la différence de nature des questions posées qui, contrairement à celles de la requérante, ne portait pas sur des points techniques mais sur l'absence des relevés d'équipement et de vétusté des équipements concernant certains sites du marché. De surcroît, comme le soutient la commune en défense, les réponses et documents apportés à la société Engie étaient tous disponibles sur le site Achatpublic.com, ce qui permettait à la société Charpentier de bénéficier d'un niveau d'information égal à celui de sa concurrente. Il s'ensuit que l'entreprise Charpentier disposait des informations suffisantes sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire lui permettant de déposer une offre conforme aux critères de sélections, notamment sur le changement de classe du système " GTB ", sans que sa notation soit impactée par la qualité des réponses fournies par le pouvoir adjudicateur ou l'abaissement du niveau de classification dudit système. Par suite, la société Charpentier ne peut davantage se prévaloir des manquements allégués.

13. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions aux fins d'annulation et d'injonction présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative par la société Charpentier doivent être rejetées.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

14. 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. ".

15. 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 commune de Sainte-Geneviève-des-Bois, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que la société Charpentier demande au titre des frais exposés par elle ainsi qu'aux entiers dépens. Il y a lieu, en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société Charpentier une somme de 1 800 euros au titre des frais exposés par la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois et non compris dans les dépens.

O R D O N N E :

Article 1er : La requête présentée par la société Charpentier est rejetée.

Article 2 : La société Charpentier versera à la commune de Sainte-Geneviève-des-Bois la somme de 1 800 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Entreprise Charpentier et à la commune de Sainte Geneviève des Bois.

Fait à Versailles, le 5 août 2024.

La juge des référés

Signé

I. Dely

La République mande et ordonne à la préfète de l'Essonne en ce qui la 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.

N°2405921