

Tribunal administratif de Strasbourg, 20 avril 2023, 2302128

Synthèse

Jurisdiction : Tribunal administratif de Strasbourg

Numéro affaire : 2302128

Type de recours : Plein contentieux

Dispositif : Satisfaction partielle

Avocat(s) : SELARL PAREYDT-GOHON

Texte

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 24 mars 2023, et un mémoire enregistré le 13 avril 2023, la SAS GCM, représentée par Me Pareydt, demande au juge des référés :

1) d'annuler la procédure de passation du marché public de travaux pour la réalisation de travaux de terrassements, d'assainissement et de chaussées dans le cadre de la réalisation de la liaison Saverne - Bouxwiller - sur la commune de Bouxwiller, ainsi que la décision d'attribution et de rejet de son offre du 15 mars 2023 ;

2) de condamner la collectivité européenne d'Alsace et la société ADAM TP à lui verser chacune une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la collectivité européenne d'Alsace a manqué à l'article R. 2181-4 du code de la commande publique ;

- les notes attribuées apparaissent contestables ;

- les demandes des 24 février 2023 et 3 mars 2023 excèdent les limites posées par l'article R. 2152-5 du code de la commande publique ; ainsi, ces deux courriers traduisent l'existence

d'une négociation contraire au principe d'égalité ; les rectifications d'erreurs matérielles sont en réalité des sous-estimations et modifications de l'offre ;

- cette négociation irrégulière a nécessairement lésé son intérêt ;

- ce vice implique d'annuler entièrement la procédure ;

- l'offre variante n°2 était irrégulière : en effet, en modifiant son offre initiale, la société ADAM TP a méconnu l'article R.2161-5 du code de la commande publique et le principe d'intangibilité des offres, de sorte que son offre doit être qualifiée d'irrégulière ;

- les modifications apportées par la société ADAM TP ont été apportées en dehors de la procédure prévue par le règlement de consultation, qui prévoit notamment une mise au point ;

- l'offre variante de la société ADAM TP est également irrégulière dans la mesure où elle ne respecte pas les exigences minimales de la consultation : la société attributaire, qui a proposé une variante portant sur les matériaux utilisés pour la couche de forme, n'a pu, compte tenu des délais, être en mesure de proposer l'étude de traitement prévue par l'article 2.4 du règlement de consultation ;

- le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de l'attributaire est opérant en application de la jurisprudence de l'arrêt Fastweb de la CJUE, reprise par le Conseil d'Etat.

Par un mémoire en défense, enregistré le 4 avril 2023, la collectivité européenne d'Alsace, représentée par Me Pugeault, demande au juge des référés :

1) à titre principal, de rejeter la requête et de mettre à la charge de la SAS GCM une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

2) à titre subsidiaire, d'enjoindre à la collectivité européenne d'Alsace de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres finales.

Elle soutient que :

- la société requérante, arrivée troisième, ne démontre pas d'intérêt lésé ;

- elle a rempli son obligation d'information ;

- la société requérante ne peut utilement contester l'appréciation de son offre ;

- la société requérante ne démontre pas d'intérêt lésé ; elle a également été destinataire d'une demande de précisions et elle n'explique pas en quoi le manquement qu'elle dénonce l'aurait

privée d'une chance de remporter le marché ; en outre, les demandes de la CEA ont eu pour effet d'augmenter l'offre de la société ADAM TP, ce qui n'a pu léser la société GCM ;

- le pouvoir adjudicateur s'est limité à demander des précisions sur l'offre de l'attributaire et à procéder à la rectification d'erreurs matérielles ;
- subsidiairement, il y a lieu de limiter l'annulation au stade de l'analyse des offres.

Par des mémoires en défense enregistré le 12 avril 2023 et le 14 avril 2023, la société ADAM TP, représentée par Me Zimmer, demande au juge des référés :

- 1) à titre principal, de rejeter la requête ;
- 2) à titre subsidiaire, d'enjoindre la reprise de la procédure au stade du jugement des offres ;
- 3) de mettre à la charge de la société GCM une somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- les erreurs matérielles ayant affecté les quantités de liant hydraulique et le prix du remblai n'ont pas affecté la teneur de son offre ;
- les questions posées ne pouvaient donner lieu qu'à de simples précisions ; le pouvoir adjudicateur s'est limité à demander des précisions sur des éléments qui étaient déjà inclus dans l'offre ; la teneur de l'offre n'en a pas été modifiée ;
- par voie de conséquence, aucune négociation n'a été menée ;
- l'étude qu'elle a proposée satisfait aux exigences du règlement de consultation ;
- en toute hypothèse, la société requérante, classée troisième, ne démontre pas d'intérêt lésé.

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. Boutot, premier conseiller, en application des dispositions de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Laurent Boutot, juge des référés ;

- les observations de :

* Me Pareydt pour la société GCM, qui déclare se désister du moyen tiré du manquement au devoir d'information ; il souligne que le prix a évolué sur deux aspects, celui du tonnage et du prix unitaire des remblais, ce qui révèle l'existence d'une négociation ayant abouti à la modification de l'offre ; la CEA a méconnu le principe d'intangibilité des offres ; les rectifications admises ne concernent que des erreurs grossières ou des absurdités manifestes, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; la CEA a également permis à la société ADAM TP d'optimiser son offre sur la plan technique et de se mettre en conformité avec les critères techniques, notamment 1) avec le sous-critère relatif à la clarté et la cohérence de la présentation de l'offre, et 2) avec le critère relatif à " l'analyse du prix ", dès lors que les demandes adressées à la société ADAM TP lui ont permis d'améliorer la cohérence et la pertinence de son offre, et, par voie de conséquence, sa notation ; enfin, il est douteux que l'étude de traitement produite par la société ADAM TP corresponde aux exigences de l'article 2.4 du règlement de consultation, compte tenu de son caractère ancien et de ce qu'elle ne correspond pas au matériau spécifiquement prévu par le marché ;

* Me Seghiri substituant Me Pugeault pour la collectivité européenne d'Alsace, qui soutient que l'intangibilité des offres n'exclut pas de pouvoir demander des précisions ; des demandes de précision ont été également faites à GCM ; en toute hypothèse, les demandes concernant les prix n'ont pu léser GCM, dès lors que ces demandes ont augmenté le prix de l'offre de la société ADAM TP ; la société GCM ne justifie pas d'intérêt lésé au titre de la valeur technique ; enfin, aucune phase de mise au point n'a eu lieu ;

* Me Zimmer, pour la société ADAM TP, qui expose qu'une demande n'est pas une optimisation ; le pouvoir adjudicateur n'aurait pu se prévaloir de bonne foi des erreurs de prix ; concernant le planning, la CEA s'est limitée à demander des précisions et en toute hypothèse aucun planning n'a été modifié ; la teneur de l'offre n'est pas modifiée ; concernant l'étude de sol, celle-ci apportait des éléments sur la faisabilité de la variante n°2, comme l'exigeait le règlement de consultation.

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

Une note en délibéré, présentée pour le compte de la société GCM, a été enregistrée le 17 avril 2023.

Une note en délibérée, présentée pour le compte de la société ADAM TP, a été enregistrée le 18 avril 2023.

Une note en délibéré, présentée pour le compte de la CEA, a été enregistrée le 18 avril 2023.

Considérant ce qui suit :

1. Par un avis d'appel à la concurrence publié le 30 décembre 2022, la collectivité européenne d'Alsace (CEA) a lancé une procédure d'appel d'offres ayant pour objet la réalisation de travaux de terrassements, d'assainissement et de chaussées dans le cadre du projet d'aménagement de la liaison Saverne - Bouxwiller sur la commune de Bouxwiller et correspondant à la section de Griesbach-le-Bastberg à Bouxwiller. Le marché a été attribué au groupement ADAM TP, la société GCM se classant troisième. Elle demande, sur le fondement des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, d'annuler la passation du marché et d'enjoindre à la CEA de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres.

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

2. Aux termes de 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 de ce même code : " 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 ".

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'opérateur économique 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 lésé ou risquent de le léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant un opérateur économique concurrent.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe d'égalité :

4. Aux termes de l'article R. 2161-2 du code de la commande publique : " L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre ". Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur peut demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre. Toutefois, le candidat ne peut alors en modifier la teneur.

S'agissant de l'irrégularité :

5. La société GCM soutient que les demandes formulées par la CEA dans des courriers des 24 février 2023 et 4 mars 2023 ont excédé ce qu'il est permis au pouvoir adjudicateur de demander dans le cadre de l'article R. 2161-2 du code de la commande publique, et ont permis à la société ADAM TP d'améliorer son offre, tant sur le plan technique que financier.

6. Il résulte de l'instruction que, par courrier du 24 février 2023, la CEA a demandé à la société ADAM TP d'indiquer " pour chaque cas les moyens que vous prévoyez de mobiliser pour pallier ce risque [de dérive des travaux] et les incidences prévisibles sur le montant de votre offre ". Il résulte de la formulation même d'une telle question que l'évaluation du risque de dérive des travaux, dans l'offre initiale, ne mentionnait ni les moyens susceptibles d'être mobilisés, ni les conséquences sur le montant de l'offre. Par suite, ces moyens supplémentaires et ce surcoût n'étaient pas prévus dans l'offre remise au pouvoir adjudicateur, de sorte que cette demande s'analyse, en réalité, non comme une demande tendant à faire préciser des éléments déjà existants, mais comme une demande qui ne pouvait qu'avoir comme effet de conduire la société ADAM TP à rajouter de nouveaux éléments techniques et financiers, et donc à modifier la teneur de son offre, en méconnaissance de l'article R. 2161-2 du code de la commande publique. La société GCM est dès lors fondée à soutenir que la demande adressée à la société ADAM TP était irrégulière.

S'agissant de l'intérêt lésé :

7. Le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu est en soi susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée.

8. En l'espèce, il n'est ni établi ni même soutenu que la candidature de la société GCM aurait dû être écartée. Par ailleurs, il y a lieu de souligner que le règlement de consultation prévoyait un sous-critère technique relatif à la clarté, la précision et la cohérence des explications sur

les modes opératoires, un autre sous-critère technique relatif à la cohérence des moyens et de l'organisation, ainsi qu'un critère relatif à " l'analyse du prix " portant sur la cohérence du prix au regard des propositions techniques. Or, la demande de la CEA, telle que rappelée au point 6, était susceptible d'améliorer la notation de la société ADAM TP au regard de ces critères, et, par suite, de léser un intérêt de la société GCM, et ce, d'autant plus, que le courrier du

24 février 2023 prenait soin de préciser que le risque de dérive des travaux est un " enjeu de chantier ", ce qui révèle l'attention particulière portée par le pouvoir adjudicateur à ce sujet. Ainsi, l'avantage que la société ADAM TP a pu perdre sur le critère du prix, dès lors que la demande de la CEA la conduisait à réévaluer son offre, était susceptible d'être au moins compensé par le gain obtenu au titre de la valeur technique et de l'analyse du prix. En toute hypothèse, si la CEA et la société ADAM TP soutiennent que la société GCM ne démontre pas en quoi un tel manquement aurait léser son intérêt et compromis ses chances concrètes de remporter le marché, toutefois, dès lors que les réponses de la société ADAM TP à la question posée ne sont pas produites, alors que la CEA et la société ADAM TP sont seules à les détenir, l'incidence de ces réponses sur la décision d'attribution du marché ne peut être appréciée, de sorte que, en l'état de l'instruction, l'irrégularité ayant affecté l'attribution du marché doit être regardée comme ayant été susceptible de léser un intérêt de la société GCM.

9. Dans ces conditions et compte tenu de la nature de l'irrégularité commise, il y a lieu d'annuler la procédure de passation du marché au stade de l'analyse des offres.

Sur les conclusions à fin d'injonction :

10. Eu égard au motif d'annulation retenu, il y a lieu d'enjoindre à la collectivité européenne d'Alsace, si elle entend conclure un marché ayant le même objet, de reprendre la procédure de passation du marché au stade de l'analyse des offres, antérieurement aux demandes de précisions adressées aux candidats.

Sur les frais d'instance :

11. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge de la société GCM une somme au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Dans les circonstances de l'espèce, la collectivité européenne d'Alsace et la société ADAM TP verseront, chacune, une somme de 1 000 euros à la société GCM.

O R D O N N E :

Article 1 : La procédure de passation du marché public de travaux pour la réalisation de travaux de terrassements, d'assainissement et de chaussées dans le cadre de la réalisation de la liaison Saverne - Bouxwiller - sur la commune de Bouxwiller, est annulée au stade de l'analyse des offres.

Article 2 : Il est enjoint au président de la collectivité européenne d'Alsace, s'il entend conclure un marché ayant le même objet, de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres, antérieurement aux demandes adressées aux candidats.

Article 3 : La collectivité européenne d'Alsace et la société ADAM TP verseront, chacune, une somme de 1 000 euros à la société GCM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus des conclusions est rejeté.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société GCM, à la société ADAM TP et à la collectivité européenne d'Alsace.

Fait à Strasbourg, le 20 avril 2023.

Le juge des référés,

L. BOUTOT

La République mande et ordonne à la préfète du Bas-Rhin, 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°2302128

ne