

Conseil d'Etat, 3 décembre 2014, n°384180 (Passation de marchés - Procédure d'appel d'offre restreint - Variantes)

03/12/2014

Pour annuler la procédure de passation d'un marché, le juge des référés du Tribunal administratif de Nantes a jugé que le manque de précisions sur les exigences minimales qui devaient être respectées par les variantes, conformément à l'article 50 du code des marchés publics, était susceptible d'avoir lésé la société X dès lors qu'il avait pu exercer une influence sur la présentation et la sélection des offres. Le Conseil d'Etat considère qu'en statuant ainsi, « alors qu'il ressortait des pièces du dossier soumises à son examen, d'une part, que la société X se bornait à invoquer la méconnaissance de l'article 50 du code des marchés publics, laquelle ne suffit pas, à elle seule, à établir l'existence d'un intérêt lésé, et, d'autre part, que c'est, au demeurant, l'offre de base du groupement attributaire qui a été retenue par la pouvoir adjudicateur et non une variante, le juge des référés a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ». En l'espèce, un département français avait lancé une procédure d'appel d'offres restreint pour l'attribution d'un marché public de conception-réalisation. Par une décision du 16 juillet 2014, la société X a été informée du rejet de son offre. Pour rappel, le I de l'article 50 du code des marchés publics dispose que « pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises / les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération ».

Conseil d'État

N° 384180

ECLI:FR:CESSR:2014:384180.20141203

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

7ème et 2ème sous-sections réunies

Mme Natacha Chicot, rapporteur

M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP ROCHETEAU, UZAN-SARANO ; SCP BARTHELEMY, MATUCHANSKY, VEXLIARD, POUPOT ; SCP LYON-CAEN, THIRIEZ, avocats

lecture du mercredi 3 décembre 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu 1°, sous le n° 384180, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 3 et 18 septembre 2014 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour le département de la Loire-Atlantique, représenté par le président du conseil général ; le département de la Loire-Atlantique demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1406542 du 19 août 2014 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a, à la demande de la société X, annulé la procédure de passation du marché portant sur la conception et la construction d'un collège dit " modulaire " ;

2°) statuant en référé, de rejeter la requête présentée par la société X ;

3°) de mettre à la charge de la société X le versement de la somme de 7 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu 2°, sous le n° 384222, le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 4 et 18 septembre 2014 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société A, dont le siège est (...), la société B, dont le siège est (...), la société C, dont le siège est (...), la société C, dont le siège est (...), la société D, dont le siège (...), la société E, dont le siège est (...), la société F, dont le siège est (...), la société G, dont le siège est (...), la société H, dont le siège (...), la société I, dont le siège (...); les sociétés requérantes demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance visée sous le n° 384180 ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société X ;

3°) de mettre à la charge de la société X le versement de la somme de 12 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....
Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 14 novembre 2014, présentée pour la société X ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 17 novembre 2014, présentée pour les sociétés A ainsi que pour la société J ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Natacha Chicot, auditeur,

- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Barthélemy, Matuchansky, Vexliard, Poupot, avocat du département de la Loire-Atlantique, à la SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, avocat de la société X, et à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la société A et autres ;

1. Considérant que les pourvois visés ci-dessus sont dirigées contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'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 (...) " ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce 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. (...) " ; que, selon l'article L. 551-10 du même code : " 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 et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué (...) " ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nantes que le département de la Loire-Atlantique a lancé une procédure d'appel d'offres restreint pour l'attribution d'un marché public de conception-réalisation portant sur la conception et la construction d'un collège dit " modulaire " ; que, par une décision du 16 juillet 2014, le groupement ayant la société Y pour mandataire, dont la société X était membre, a été informé du rejet de son offre et de l'attribution du marché au groupement ayant pour mandataire la société A ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, saisi par la société X sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure de passation ;

4. Considérant qu'aux termes du I de l'article 50 du code des marchés publics : " Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. / Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération " ; que l'article 2.1.2 du règlement de la consultation précisait que les candidats pouvaient présenter " une offre comportant des variantes c'est-à-dire des solutions techniques différentes sur des points particuliers du programme sous réserve qu'elles permettent d'obtenir une performance équivalente ou supérieure " ;

5. Considérant que, pour annuler la procédure de passation du marché, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a jugé que le manque de précisions sur les exigences minimales qui devaient être respectées par les variantes,

conformément aux dispositions de l'article 50 du code des marchés publics cité ci-dessus, était susceptible d'avoir lésé la société X dès lors qu'il avait pu exercer une influence sur la présentation et la sélection des offres ; qu'en statuant ainsi, alors qu'il ressortait des pièces du dossier soumises à son examen, d'une part, que la société X se bornait à invoquer la méconnaissance de l'article 50 du code des marchés publics, laquelle ne suffit pas, à elle seule, à établir l'existence d'un intérêt lésé, et, d'autre part, que c'est, au demeurant, l'offre de base du groupement attributaire qui a été retenue par le pouvoir adjudicateur et non une variante, le juge des référés a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, que les requérants sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

7. Considérant qu'il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société X ;

Sur la recevabilité de la candidature de la société X :

8. Considérant qu'aux termes de l'article 52 du code des marchés publics : " I. - Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai identique pour tous et qui ne saurait être supérieur à dix jours. Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. (...) " ;

9. Considérant que, pour faire échec à la demande de la société X, le département de la Loire-Atlantique soutient que sa candidature était irrecevable et que cette société est, par suite, insusceptible d'être lésée par les manquements qu'elle invoque, dès lors qu'à l'instar d'autres sociétés du groupement dont elle faisait partie, elle n'a pas transmis un formulaire de candidature DC1 comportant une signature originale de la personne habilitée à engager l'entreprise mais une simple copie ;

10. Considérant qu'à supposer que le département ait douté de la capacité juridique de tout ou partie des signataires des dossiers de candidature des sociétés membres du groupement ayant la société Y pour mandataire lorsqu'il a examiné ces dossiers, il lui était loisible soit de rejeter la candidature de ce groupement soit, en application des dispositions citées ci-dessus de l'article 52 du code des marchés publics, de solliciter une régularisation sur ce point ; qu'ainsi, à défaut de l'avoir rejetée comme irrecevable, le département ne saurait utilement se prévaloir, en défense devant le juge des référés précontractuels, du seul caractère incomplet du dossier de candidature de la société requérante pour soutenir que son argumentation tirée du ou des manquements invoqués serait inopérante ;

Sur les moyens présentés par la société X :

11. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que si le département de la Loire-Atlantique entendait effectivement, comme l'indique notamment l'article 7-1 du règlement de la consultation, favoriser, dans le cadre des travaux conduits par les candidats pour l'élaboration de leurs offres ainsi que dans celui de l'appréciation du mérite respectif des offres, les projets garantissant le caractère modulable et transférable de la totalité des équipements, il n'a pas fait de cet objectif une spécification technique s'imposant aux candidats sous peine d'irrégularité ; que la circonstance que l'évaluation du coût du transfert des équipements ait sous-estimé celui-ci dans l'hypothèse d'un transfert total, faute de comporter le coût de la reconstruction à l'identique des éléments transférés, ne saurait être regardée comme une irrégularité de l'offre ; qu'enfin la société Eiffage construction Pays de la Loire a confirmé, dans le cadre des demandes de précisions autorisées par l'article 69 du code des marchés publics relatif à la procédure de passation des marchés de conception-réalisation, que l'offre du groupement qu'elle représentait prévoyait une réception des équipements avant la date limite prévue par les documents de la consultation ; que le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire ne peut, par suite, qu'être écarté dans ses différentes branches ;

12. Considérant, en deuxième lieu, que la société requérante soutient que l'article 2.1.2 du règlement de la consultation ne définissait pas de manière suffisamment précise les exigences minimales auxquelles les variantes devaient répondre et que ce manquement aux dispositions de l'article 50 du code des marchés publics a nécessairement affecté le contenu des offres dès lors qu'il ne permettait pas aux candidats d'identifier les attentes du pouvoir adjudicateur ; que toutefois, la société requérante ne peut utilement se prévaloir de ce que les dispositions de l'article 50 du code des marchés publics auraient été méconnues dès lors que, eu égard à la portée de ces dispositions et au stade de la procédure auquel se rapporte le manquement invoqué, il résulte de ce qui a été dit au point 5 qu'à le supposer établi, il n'est pas susceptible de l'avoir lésée ou de risquer de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente ;

13. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 53 du code des marchés publics : " I. Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : / 1°) Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères

peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché (...) / II. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération (...) / Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation (...) " ; que ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en oeuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ;

14. Considérant qu'il résulte de l'instruction, notamment de l'article 6 du règlement de la consultation relatif aux critères d'attribution, que le pouvoir adjudicateur avait indiqué, pour chacun de ces critères, les éléments qui seraient pris en compte ; qu'à supposer même que ces indications devraient être regardées comme des sous-critères assimilables à des critères, il ne résulte pas de l'instruction que le pouvoir adjudicateur se serait livré à une pondération ou à une hiérarchisation de ces sous-critères qui aurait dû être portée à la connaissance des candidats ;

15. Considérant, en quatrième lieu, que le courrier du 16 juillet 2014, adressé par le département de la Loire-Atlantique à la société Y, mandataire du groupement auquel appartenait la société requérante, pour lui notifier le rejet de son offre, précisait le classement de celle-ci, les notes qui lui avait été attribuées ainsi que le nom de l'attributaire et les notes obtenues par ce dernier ; qu'il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 80 du code des marchés publics ne peut, en tout état de cause, qu'être écarté ;

16. Considérant, en cinquième lieu, que si la société X soutient que l'offre du groupement Eiffage construction Pays de la Loire serait anormalement basse, elle n'apporte à l'appui de ce moyen aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé ;

17. Considérant, en sixième lieu, que contrairement à ce que la société requérante soutient, l'absence de certains membres du jury lors des délibérations ne suffit pas, à elle seule, à entacher d'irrégularité l'avis de ce dernier dès lors qu'il n'est ni établi ni même allégué que le quorum de la moitié des membres prévu à l'article 25 du code des marchés publics n'était pas atteint ; qu'il n'est pas non plus établi que le jury n'aurait pas, à l'issue de ses délibérations, rendu un avis motivé sur les prestations des candidats ;

18. Considérant, en septième lieu, qu'il résulte de l'article 46 du code des marchés publics, d'une part, que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché doit produire un certain nombre de documents attestant notamment qu'il est à jour de ses obligations fiscales et sociales et, d'autre part, qu'à défaut pour ce candidat de communiquer ces documents au pouvoir adjudicateur, son offre doit être rejetée, le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne étant alors sollicité pour produire les certificats et attestations nécessaires avant que le marché ne lui soit attribué ; qu'il résulte, en tout état de cause, de l'instruction que, contrairement à ce que soutient la société requérante, les documents correspondants ont été transmis au département par courriel le 16 juillet 2014 ;

19. Considérant, en dernier lieu, que si la société requérante soutient que le département n'aurait pas vérifié que le signataire de l'acte d'engagement du groupement attributaire était habilité pour le faire, elle n'établit ni même n'allègue que tel ne serait pas le cas ;

20. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la demande de la société X doit être rejetée ;

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

21. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que les sommes demandées par la société X soient mises à la charge du département de la Loire-Atlantique et de la société A et autres qui ne sont pas les parties perdantes dans la présente instance ; qu'il y a lieu, en revanche, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société X, sur le fondement des mêmes dispositions, d'une part, la somme de 4 500 euros à verser au département de la Loire-Atlantique et, d'autre part, la somme de 500 euros à verser à chacune des sociétés A et autres, au titre de la procédure conduite devant le juge des référés du tribunal administratif de Nantes et le Conseil d'Etat ;

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 19 août 2014 du juge des référés du tribunal administratif de Nantes est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société X devant le juge des référés du tribunal administratif de Nantes est rejetée.

Article 3 : La société X versera la somme de 4 500 euros au département de la Loire-Atlantique et la somme de 500 euros à chacune des sociétés A et autres au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au département de la Loire-Atlantique, à la société X, à la société A, première

requérante dénommée sous le n° 384222, et à la société J.

Les autres requérants seront informés de la présente décision par la SCP Lyon-Caen Thiriez, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, qui les représente devant le Conseil d'Etat.