

**Tribunal administratif de Paris, 30 septembre 2014, n° 1416911/3-5
(Marché public - Référé précontractuel - Contrôle du juge - Capacités
techniques et professionnelles)**

30/09/2014

Par un avis d'appel public à la concurrence daté du 7 février 2014, l'Assistance publique - hôpitaux de Paris (AP-HP) a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché relatif aux travaux de remplacement du réseau de transport pneumatique de l'hôpital Z. Cet appel d'offres ayant été déclaré infructueux, une procédure de passation d'un marché à procédure adaptée a été lancée. A l'issue de cette procédure, la société X. a été informée par un courrier daté du 26 août 2014 de ce que son offre, classée en deuxième position, avait été rejetée. Elle a saisi le juge des référés précontractuels d'une requête tendant à l'annulation de cette décision et de la procédure de passation du marché, finalement attribué à la société Y. En ce qui concerne l'appel d'offres déclaré infructueux, le juge considère que l'offre de la société a été rejetée comme irrégulière par le pouvoir adjudicateur, et que dès lors, elle ne peut « en tout état de cause être regardée comme étant susceptible d'avoir été lésée par la décision de déclarer l'appel d'offres infructueux ». Il estime notamment par la suite, dans le seconde procédure mise en cause « qu'il n'appartient pas au juge des référés contractuels d'examiner l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres de chacun des candidats », et qu'il ne « résulte pas de l'instruction qu'une erreur manifeste ait été commise dans l'appréciation des capacités de cette société, même si elle ne dispose pas d'autant de références que la société requérante, emploie un personnel beaucoup plus réduit et n'a pas déclaré son chiffre d'affaires depuis 2010 ». En outre, il a pu relever « qu'aucune disposition, ni aucun principe applicable à la passation des marchés publics n'interdisait au pouvoir adjudicateur, en fonction de ses attentes particulières, connues des candidats, d'affecter la même pondération à chacun des sous critères du critère de la qualité technique ».

TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PARIS

N° 1416911/3-5

SOCIETE X.

M. Jardin

Juge des référés

Ordonnance du 30 septembre 2014

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Paris,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée le 7 septembre 2014, présentée pour la société X., dont le siège est..., par Me Marx ; la société X. demande au juge des référés :

1°) d'annuler la procédure de passation du marché relatif aux travaux de remplacement du réseau de transport pneumatique de l'hôpital Z. engagée par l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP) ;

2°) d'annuler la décision du 26 août 2014 par laquelle l'AP-HP a rejeté son offre ;

3°) de mettre à la charge de l'AP-HP la somme de 2 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la décision du 14 avril 2014 déclarant infructueux l'appel d'offres initialement lancé pour la passation du marché en litige est illégale pour avoir été signée par un agent public dont la compétence n'est pas établie et pour avoir à tort estimé que son offre était irrégulière, ce qui entraîne par voie d'exception l'illégalité de la procédure de passation d'un marché à procédure adaptée engagée consécutivement à cette décision ;

- la décision du 26 août 2014 rejetant son offre est signée par une personne dont l'identité n'est pas connue, ce qui ne permet pas de savoir à quel titre elle agit ;

- cette décision est insuffisamment motivée, au regard des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics, dès lors qu'elle n'indique pas les causes pour lesquelles l'offre a été rejetée ;

- l'offre de la société attributaire du marché est anormalement basse et aurait dû être rejetée pour ce motif ;

- le sous critère 2.3 du critère d'appréciation des offres relatif à la qualité technique est insuffisamment précis ;

- les sous critères de ce critère sont tous affectés de la même note alors que leur pondération aurait dû être proportionnelle à l'importance de chacun d'entre eux ;

- la note qu'elle obtenue pour le sous critère des moyens humains affectés à l'opération est identique à celle de la société attributaire du marché alors que celle-ci a un personnel insuffisant ;

conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 5 000 euros soit mise à la charge de la société X. au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la société requérante n'explique pas en quoi les manquements qu'elle invoque sont susceptibles de l'avoir lésée, ce qui justifie pour ce seul motif le rejet de sa requête ;
- dès lors que son offre a été examinée dans le cadre de la procédure de passation relancée, elle ne peut invoquer les irrégularités de la procédure initiale, faute de lésion ;
- le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte ne peut utilement être invoqué devant le juge des référés précontractuels ;
- aucun des moyens soulevés par la société requérante n'est fondé ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 17 septembre 2014, présenté pour l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP), représentée par son directeur général, qui conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 2 000 euros soit mise à la charge de la société X. au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- la contestation de la procédure initiale est devenue sans objet dès lors qu'une nouvelle procédure de passation du marché en litige a été lancée ;
- le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte ne peut utilement être invoqué devant le juge des référés précontractuels ;
- aucun des moyens soulevés par la société requérante n'est fondé ;
- l'administration a exposé pour sa défense des frais spécifiques d'un montant de 2 100 euros qui doivent être mis à la charge de la partie perdante ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 25 septembre 2014, présenté pour la société X. , par Me Marx, qui conclut aux mêmes fins que la requête et demande en outre au juge des référés, d'une part, de faire injonction à l'AP-HP de lui communiquer les éléments mentionnés à l'article 83 du code des marchés publics dans le délai de huit jours à compter de l'ordonnance à intervenir, d'autre part, de rejeter les conclusions de l'AP-HP et de la société Y. tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- l'AP-HP n'a pas répondu aux demandes de communication des éléments mentionnés à l'article 83 du code des marchés
- <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/tribunal-administratif-de-paris-30-septembre-2014-n-14169113-5-marche-public-refer-e-precontractuel-controle-du-juge-capacites-techniques-et-professionnelles/>

publics qu'elle a présentées les 3 et 7 septembre 2014 ;

- l'AP-HP ne peut se borner à invoquer un surcroît de travail de ses services pour obtenir le remboursement de la somme qu'elle demande au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

- la société Y., qui n'est pas une partie au sens de ce texte, ne peut en réclamer l'application ;

Vu le nouveau mémoire, enregistré le 26 septembre 2014, présenté pour la société X., par Me Marx, qui conclut aux mêmes fins que la requête par les mêmes moyens ;

Elle soutient en outre que :

- il existe une suspicion de fraude, au sens du règlement de la consultation, dès lors que la société attributaire du marché a obtenu une ristourne spéciale de son fournisseur avant l'avis d'appel public à la concurrence, ce qui démontre qu'elle disposait d'informations privilégiées de nature à porter atteinte à l'égalité entre les candidats ;

- la société attributaire du marché a pu présenter une offre anormalement basse parce ce qu'elle ne s'est pas conformée aux stipulations de l'article 9 du cahier des clauses techniques particulières prévoyant le remplacement des équipements anciens ;

- les références qu'elle a présentées sont insuffisantes, comme les moyens qu'elle entend affecter à l'opération et le chiffre d'affaires qu'elle a dégagé en 2010, le seul ayant été communiqué au greffe du tribunal de commerce depuis cette année-là ;

Vu la décision en date du 1er septembre 2014 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Jardin comme juge des référés ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 26 septembre 2010 :

- le rapport de M. Jardin, juge des référés ;

- les observations de Me Marx, pour la société X. ;

- et celles de Mme Jary, pour l'AP-HP, ainsi que de Me Simhon et de M. Champion, pour la société Y. ;

1. 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 : « 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. » ; 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 (...) » ;

2. Considérant que, par un avis d'appel public à la concurrence daté du 7 février 2014, l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP) a engagé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché relatif aux travaux de remplacement du réseau de transport pneumatique de l'hôpital Z.; que, cet appel d'offres ayant été déclaré infructueux, une procédure de passation d'un marché à procédure adaptée a été lancée ; qu'à l'issue de cette procédure, la société X. a été informée par un courrier daté du 26 août 2014 de ce que son offre, classée en deuxième position, avait été rejetée ; qu'elle a saisi le juge des référés précontractuels d'une requête tendant à l'annulation de cette décision et de la procédure de passation du marché, finalement attribué à la société Y. ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la procédure de passation du marché :

En ce qui concerne l'appel d'offres déclaré infructueux :

3. Considérant qu'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels d'examiner les moyens autres que ceux relatifs à des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics ; qu'ainsi la société requérante ne peut utilement soulever le moyen tiré de l'incompétence du signataire de la lettre datée du 14 avril 2014 l'informant du rejet de son offre comme irrégulière ;

4. Considérant que l'offre de la société a été rejetée comme irrégulière au motif qu'elle n'avait pas produit de bordereau de prix spécifiant les quantités et les marques de matériels utilisés alors que le règlement de la consultation précisait que la production de ce document conditionnait la validité de l'offre ; qu'aucune règle applicable à la passation des marchés publics n'interdit au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats à l'attribution d'un marché d'indiquer les marques des matériels utilisés ; que le bordereau de décomposition du prix global et forfaitaire produit par la société, qui ne comportait aucune précision sur les marques des matériels utilisés, ne peut être regardé comme équivalent au document exigé impérativement par le règlement de la consultation ; que c'est par suite à bon droit que l'offre de la société a été rejetée comme irrégulière par le pouvoir adjudicateur ; que la société ne peut dès lors en tout état de cause être regardée comme étant susceptible d'avoir été lésée par la décision de déclarer l'appel d'offres infructueux ;

En ce qui concerne la procédure de passation du marché à procédure adaptée :

S'agissant de la candidature de la société attributaire du marché :

5. Considérant que la société requérante, dans le mémoire qu'elle a produit le jour de l'audience publique, doit être regardée comme contestant pour la première fois l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les capacités professionnelles, techniques et financières de la société attributaire du marché ; que le juge des référés précontractuels ne peut censurer l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur, en application de l'article 52 du code des marchés publics, sur les garanties et capacités techniques que présentent les candidats à un marché public, ainsi que sur leurs références professionnelles, que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste ;

6. Considérant que, compte tenu en particulier des indications fournies oralement lors de l'audience publique par l'AP-HP à propos des marchés déjà confiés à la société Y., non contestées par la société requérante, et de la nature du marché en litige, il ne résulte pas de l'instruction qu'une erreur manifeste ait été commise dans l'appréciation des capacités de cette

société, même si elle ne dispose pas d'autant de références que la société requérante, emploie un personnel beaucoup plus réduit et n'a pas déclaré son chiffre d'affaires depuis 2010 ;

S'agissant des critères d'appréciation des offres :

7. Considérant qu'en vertu de l'article 5 du règlement de la consultation, le pouvoir adjudicateur a décidé d'apprécier les offres en fonction de deux critères principaux, le prix, noté sur huit points, et la qualité technique de l'offre notée sur douze points ; que ce second critère est subdivisé en quatre sous critères notés sur trois points, dont l'existence et la pondération ont été portés à la connaissance des candidats ; qu'aucune disposition, ni aucun principe applicable à la passation des marchés publics n'interdisait au pouvoir adjudicateur, en fonction de ses attentes particulières, connues des candidats, d'affecter la même pondération à chacun des sous critères du critère de la qualité technique ;

8. Considérant que la société requérante, qui a obtenu la note maximale de trois points sur le sous critère 2.3 n'est en tout état de cause pas susceptible d'avoir été lésée par les manquements qu'elle reproche au pouvoir adjudicateur dans la définition de ce sous critère ;

S'agissant du caractère anormalement bas de l'offre de la société attributaire du marché :

9. Considérant que la société requérante soutient notamment que le prix inférieur de 26 % au sien proposé par la société Y. s'explique par le fait qu'elle n'a pas respecté les stipulations de l'article 9 du cahier des clauses techniques particulières du marché prévoyant le remplacement de l'intégralité des équipements et appareillages actuels du système de transport pneumatique par un système de nouvelle génération de transport multidirectionnel ; que, contrairement à ce qu'elle soutient, la société Y., qui n'a nullement admis dans ses écritures la méconnaissance de ces stipulations, fait valoir en réplique, sans être sérieusement contestée, qu'elle a seulement adopté des modalités techniques d'exécution des travaux moins onéreuses que celles retenues par la société requérante mais conformes au marché ;

10. Considérant qu'il ne résulte pas de l'instruction, compte tenu des explications fournies par la société Y. sur la remise obtenue par son fournisseur et sur les modalités techniques d'exécution des travaux qu'elle a adoptées, que le pouvoir adjudicateur, en n'écartant pas son offre comme anormalement basse, a commis une erreur manifeste d'appréciation ;

S'agissant de la prétendue fraude :

11. Considérant que la société requérante invoque dans le mémoire produit le jour de l'audience publique le moyen tiré de ce qu'une « suspicion de fraude » imputable à la société Y. aurait dû conduire le pouvoir adjudicateur à abandonner le projet de marché en application des dispositions de l'article 9 du règlement de la consultation ; que la seule circonstance que cette société, qui était chargée de la maintenance du système à remplacer, comme il a été indiqué lors de l'audience publique, a consulté avant l'appel public à la concurrence un fournisseur sur le meilleur prix proposé ne suffit pas à établir l'existence d'une fraude ou d'une tentative de fraude de nature à perturber le déroulement de la mise en concurrence, au sens de l'article 9 du règlement de la consultation ;

S'agissant du rejet de l'offre de la société requérante et de ses motifs :

12. Considérant que, pour le motif énoncé au point 3, la société requérante ne peut utilement soulever le moyen tiré de l'incompétence du signataire de la lettre datée du 26 août 2014 l'informant du rejet de son offre ;

13. Considérant que dans la lettre datée du 26 août 2014 que la société requérante admet avoir reçue le 28 août, le pouvoir adjudicateur lui a indiqué les notes qu'elle a obtenues sur l'ensemble des critères et des sous critères

d'appréciation des offres, lui a fait connaître le nom de la société attributaire du marché ainsi que ses notes pour l'ensemble des critères et des sous critères d'appréciation des offres ; que le contenu de cette lettre, qui répondait en tout état de cause aux exigences des articles 80 et 83 du code des marchés publics, a mis à même la société requérante de saisir utilement le juge des référés précontractuels, ce qu'elle a fait le 7 septembre 2014 ; qu'ainsi, et alors même que le pouvoir adjudicateur n'a pas répondu aux demandes de communication présentées ultérieurement par la société requérante sur le fondement de l'article 83 du code des marchés publics, il n'y a pas lieu pour le juge des référés précontractuels de faire injonction à l'AP-HP de communiquer d'autres éléments à la société requérante ;

S'agissant du choix de l'offre de la société attributaire du marché :

14. Considérant qu'il n'appartient pas au juge des référés contractuels d'examiner l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les mérites respectifs des offres de chacun des candidats ; que la société requérante ne peut dès lors utilement contester la note attribuée à l'offre de la société Y. pour le sous critère 2.1 ;

15. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société X. n'est pas fondée à demander au juge des référés précontractuels de prononcer les mesures qu'elle sollicite ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

16. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de l'AP-HP, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, au titre des frais exposés par la société X. ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société X. le versement à la société Y. et à l'AP-HP d'une somme au titre de ces dispositions ;

ORDONNE

Article 1er : La requête de la société X. est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par l'AP-HP et la société Y. au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société X., à l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (AP-HP) et à la société Y.