

TA95
Tribunal Administratif de Cergy-Pontoise
2209206
2022-07-08
CABINET WOOG & ASSOCIES
Décision
Appréciation de légalité
C
Satisfaction partielle

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés les 28 juin et 5 juillet 2022, la société par actions simplifiée (SAS) Lopes Electricité demande au juge des référés, statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative :

- à titre principal d'annuler ou de résilier le marché relatif au lot n° 9 " Electricité " signé le 8 juin 2022 par la commune de Sarcelles avec la société Entra dans le cadre de la réhabilitation des bâtiments du Cèdre Bleu ;

-à titre subsidiaire, d'infliger une pénalité financière à la commune de Sarcelles ;

- de mettre la somme de 2 500 euros à la charge de la commune de Sarcelles en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

-elle a sollicité sans succès le 29 juin 2022 auprès de la commune de Sarcelles la communication d'une copie du marché en litige ;

- elle a soumissionné pour l'attribution du lot n° 9 " Electricité " ; elle a été informée par la commune de Sarcelles le 27 mai 2022 que son offre classée en deuxième position n'avait pas été retenue et que le marché était attribué à la société Entra ; les notes obtenues par l'attributaire n'ont pas été portées à sa connaissance ;

- elle a, par courriel du 31 mai 2022 demandé des explications sur les motifs de son éviction et sur le choix de l'attributaire ; elle n'a pas obtenu de réponse ;

- elle a formé un référé précontractuel enregistré au tribunal et notifié au pouvoir adjudicateur le 7 juin 2022 avant l'expiration du délai de stand still de onze jours au cours duquel la signature du contrat était suspendu ;

- elle est recevable à former un référé contractuel et fondée à demander l'annulation du marché qui a été signé par la commune avec l'attributaire le 8 juin 2022 en violation de la suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative ; elle avait régulièrement informé la commune dès le 7 juin 2022 qu'elle avait formé un référé précontractuel ; l'expiration du délai de stand still ne saurait davantage lui être opposée dès lors que la notification du rejet de son offre ne comportait pas les informations requises notamment sur les notes obtenues par l'attributaire ;

- en la classant en sixième position pour le critère n° 1 " valeur technique ", le pouvoir adjudicateur a dénaturé le contenu de son offre ; il ressort du rapport d'analyse des offres que son éviction résulte de la note de 2/4 pondérée à 12,5/25 attribuée à la société Entra au titre du sous-critère n°1 du critère n°1 alors qu'elle n'a obtenu qu'une note de 1/4 pondérée à 6,25/25 ; c'est cette note qui a permis à l'attributaire d'être classé en première position ; si elle avait obtenu la note de 2/4 à ce sous-critère elle aurait remporté la consultation ; or son mémoire technique révèle qu'elle a répondu à l'ensemble des items mentionnés dans le règlement de la consultation pour le jugement du sous-critère n°1 du critère n°1 ; à l'inverse la société Entra n'a, s'agissant du sous critère n°1 du critère n°1, produit aucune référence établissant sa capacité à réaliser le chantier ; la note du sous-critère n°1 aurait dû être égale pour les deux sociétés puisque la société Entra n'a pas fourni de références montrant sa capacité à réaliser le marché et que la société Lopes Electricité a fourni des références qui n'étaient pas totalement en adéquation avec le chantier du Cèdre Bleu ;

-le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu dès lors que le pouvoir adjudicateur ne lui a adressé aucune demande de précisions qui aurait permis de l'éclairer sur le contenu de son offre ;

-si le marché n'était pas annulé ou résilié, la commune de Sarcelles qui a, en toute connaissance de cause, signé le marché le 8 juin 2022 alors que le référé précontractuel lui avait été régulièrement notifié par courriel le 7 juin 2022, devra être sanctionnée par l'application d'une pénalité financière ainsi que le prévoit l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Par un mémoire en défense, enregistré le 1er juillet 2022, la commune de Sarcelles représentée par Me Treca conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société Lopes Electricité la somme de 2 500 euros, à lui verser, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

-à titre principal, la requête est irrecevable ;

. d'une part le référé précontractuel ne lui a pas été régulièrement notifié avant la signature le 8 juin 2022 du marché ; le courrier électronique envoyé selon la société requérante le 7 juin 2022 à 23h02 l'a été en dehors des heures d'ouverture du service ; il n'est établi ni que la commune l'aurait reçu ni qu'elle en aurait effectivement pris connaissance ; il ne contenait pas d'accusé du dépôt de la requête ;

. d'autre part, la société requérante a saisi le juge du référé précontractuel le 7 juin 2022 après l'expiration le 6 juin 2022 du délai de suspension de onze jours de la signature du marché ;

- à titre subsidiaire, le moyen tiré de ce que l'offre de la société requérante aurait été dénaturée s'agissant de l'appréciation du sous-critère n° 1 du critère n° 1 ne peut pas être invoqué utilement au soutien d'un référé contractuel dès lors qu'il n'est pas au nombre de ceux qui sont énumérés limitativement à l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; en tout état de cause aucun manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut lui être reproché ; s'agissant du jugement du sous-critère n° 1 du critère n° 1 relatif à la valeur technique de l'offre, dès lors que les références qu'elle avait produites n'étaient pas pertinentes, il n'y avait pas de raison de lui attribuer une note supérieure à celle qu'elle a obtenue ; de même le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de lui adresser une demande de précision sur le contenu de son offre ; enfin, elle ne justifie d'aucune lésion ;

- à titre infiniment subsidiaire, il existe une raison impérieuse d'intérêt général qui au sens de l'article L. 551-19 du code de justice administrative ferait obstacle à l'annulation du marché dès lors que l'engagement d'une nouvelle procédure d'attribution pour le lot n°9 " électricité " retarderait l'ensemble du chantier et serait à l'origine de coûts supplémentaires pour la commune ;

La procédure a été transmise à la société Entra qui n'a pas produit d'observations.

Par un courrier du 4 juillet 2022, les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, que la décision à intervenir était susceptible d'être fondée sur les dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative qui permettent au juge du référé contractuel de prévoir des pénalités en cas de signature du marché pendant le délai de suspension prévu à l'article L. 551-4 du code de justice administrative.

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. Rousset, vice-président, en application des dispositions de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, pour statuer sur les requêtes en référé.

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience publique du 6 juillet 2022 à 10 heures 30.

Ont été entendus, au cours de l'audience publique, tenue en présence de Mme Soulier, greffière d'audience :

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

- les observations de Mme A, représentant la société Lopes Electricité qui persiste par les mêmes moyens dans les conclusions de la requête ;

- les observations de Me Horeau, représentant la commune de Sarcelles qui persiste par les mêmes moyens dans ses conclusions tendant au rejet de la requête ;

- la société Entra n'était pas représentée.

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

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats

mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ". Aux termes de l'article L. 551-14 du même code, le recours en référé contractuel " n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ". En vertu des dispositions de l'article L. 551-18 du même code, le juge du référé contractuel " prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ". Enfin, aux termes de l'article L. 551-20 du même code : " Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière ".

2. Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 14 janvier 2022, la commune de Sarcelles a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché de travaux ayant pour objet la création d'un centre culturel au sein d'un ensemble immobilier dit du " Cèdre Bleu " et comportant onze lots. Le 14 février 2022, la société Lopes Electricité a soumissionné pour le lot n°9 " électricité ". En vertu de l'article 6 du règlement de la consultation, les critères de sélection des offres annoncés pour le lot n° 9 étaient au nombre de trois : critère n°1 " valeur technique " : 50% ; critère n°2 " délai d'exécution " : 10% ; critère n°3 " valeur économique " : 40%. Le critère n°1 " valeur technique " comportait trois sous-critères : sous-critère n° 1 : " organisation de l'entreprise " : 25% ; sous-critère n° 2 : " moyens humains et matériels mis en œuvre pour l'opération " : 20% et sous-critère n° 3 : " chantier en site occupé " : 5%. Au terme de l'analyse des offres, la société Entra a été déclarée attributaire du lot n°9 avec une note finale pondérée de 76,02 (critère n°1 : 29,50 ; critère n°2 : 10 ; critère n°3 : 36,52) et la société Lopes Electricité classée en deuxième position avec une note finale pondérée de 73,75 (critère n°1 : 23,75 ; critère n°2 : 10 ; critère n°3 : 40). Par un courriel reçu le 27 mai 2022, elle a été informée que son offre classée deuxième n'avait pas été retenue et que la société Entra avait été choisie. Il lui était également précisé que la signature du marché était suspendue pour un délai de onze jours à compter du 27 mai 2022 et que le marché serait signé et notifié à l'attributaire le 8 juin 2022. La société Lopes Electricité a formé un référé précontractuel enregistré au tribunal et notifié au pouvoir adjudicateur le 7 juin 2022. Le marché ayant été signé par la commune de Sarcelles avec la société Entra le 8 juin 2022, un non-lieu à statuer sur le référé précontractuel a été prononcée par une ordonnance n° 2208026 du 28 juin 2022. Par la présente requête enregistrée le 28 juin 2022, la société Lopes Electricité demande au juge du référé contractuel, statuant sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, à titre principal, d'annuler ou de résilier le marché relatif au lot n°9 " électricité " en litige ou à titre subsidiaire d'infliger une pénalité financière à la commune de Sarcelles.

Sur les fins de non recevoir opposées par la commune de Sarcelles :

3. La commune de Sarcelles soutient que la requête en référé contractuel de la société Lopes Electricité est, en application de l'article L. 551-14 du code de justice administrative, irrecevable dès lors que sa requête en référé précontractuel, d'une part, a été enregistrée au greffe du tribunal le 7 juin 2022 après l'expiration du délai de stand still de onze jours et, d'autre part, lui a été notifiée après la signature du marché intervenue le 8 juin 2022.

4. Il résulte des dispositions de l'article L. 551-14 du code de justice administrative citées au point 1 que les candidats qui ont formé un référé précontractuel sont recevables à saisir le juge d'un référé contractuel lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat à compter de la saisine du tribunal, mentionnée à l'article L. 551-4 du code de justice

administrative. Par ailleurs, pour apprécier si le pouvoir adjudicateur était dans l'ignorance de l'existence d'un référé précontractuel, le juge du référé contractuel ne doit pas rechercher si, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce qui lui est soumise, le pouvoir adjudicateur doit être regardé comme ayant eu connaissance du référé précontractuel du demandeur, mais doit se borner à vérifier si celui-ci a été communiqué par le greffe du tribunal administratif ou notifié au pouvoir adjudicateur dans les conditions prévues par l'article R. 551-1 du code de justice administrative. A cet égard, la communication de la requête au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel vaut notification au sens de l'article R. 551-1 du CJA, même si cette communication a été faite en dehors des horaires d'ouverture du service. Enfin ni les dispositions des articles L. 551-1, L. 551-4, L. 551-14 et R. 551-1 du code de justice administrative, ni aucune autre règle ou disposition ne subordonnent l'effet suspensif de la communication du recours au pouvoir adjudicateur à la transmission, par le demandeur, de documents attestant de la réception effective du recours par le tribunal.

5. En l'espèce, il résulte de l'instruction que le référé précontractuel de la société Lopes Electricité a été enregistré au tribunal administratif de Cergy-Pontoise le 7 juin 2022. Le même jour, la société requérante l'a notifié à la commune de Sarcelles par un courriel qui, a été envoyé à l'adresse " commande.publique@sarcelles.fr " mentionnée dans le règlement de la consultation. Dans ces conditions, le référé précontractuel est réputé avoir été régulièrement notifié le 7 juin 2022 sans que la commune de Sarcelles puisse opposer utilement les circonstances que cette communication aurait été faite en dehors des heures d'ouverture du service, que la réception du courriel ne serait pas établie, qu'elle n'en aurait pas effectivement pris connaissance et que l'accusé du dépôt de la requête n'aurait pas été joint. Dès lors en signant le 8 juin 2022 le marché en litige avec la société Entra alors qu'elle était informée de l'existence du référé précontractuel introduit par la société Lopes Electricité, la commune de Sarcelles a méconnu l'obligation de suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Enfin la circonstance également invoquée par la commune que le référé précontractuel aurait été formé le 7 juin 2022 après l'expiration du délai de stand still de onze jours, est en tout état de cause sans incidence sur la recevabilité de ce recours qui a été introduit alors que le marché n'était pas signé. Il résulte de ce qui précède que la société requérante est recevable à saisir le juge du référé contractuel de conclusions tendant à l'annulation du marché signé par la commune de Sarcelles en méconnaissance de l'obligation de suspension résultant des dispositions de l'article L. 551-4 du code de justice administrative et qu'elle peut invoquer utilement devant le juge du référé contractuel tous les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle n'a pas pu faire valoir devant le juge du référé précontractuel compte tenu de la signature prématurée du contrat.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative :

6. Il résulte des dispositions précitées de l'article L. 551-18 du code de justice administrative que le juge prononce la nullité du contrat signé pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative si la méconnaissance de cette obligation a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par l'article L. 551-1 du code de justice administrative et si les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

7. En premier-lieu, il n'appartient pas au juge du référé contractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en méconnaissant ou en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats.

8. Aux termes de l'article 6 " critères de jugement des offres " du règlement de la consultation : " " Les critères retenus pour l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour chaque lot sont les suivants : Critère 1 = VALEUR TECHNIQUE - Organisation, moyens humains et techniques mis en œuvre pour la réalisation du chantier (Sur 50%) dans le cadre des trois sous-critères suivants : Sous-critère 1 : Organisation de l'entreprises 25% : Méthodologie détaillée

proposée par le candidat pour assurer l'organisation du chantier et la qualité d'exécution des travaux, l'organisation de la gestion des sous-traitants, l'organisation des études d'exécution notamment la présentation des bureaux d'études, les relations avec la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre, la capacité à l'entreprise de réaliser les travaux similaires. () ". Par ailleurs, il ressort de " l'analyse technique comparative des offres " versée à l'instance que " les sous-critères de la valeur technique sont jugés selon le barème suivant : la méthodologie est abordée de manière très pertinente :4 ; la méthodologie est abordée de manière pertinente : 3 ; la méthodologie est abordée de manière partiellement pertinente : 2 ; la méthodologie est abordée de manière peu pertinente :1 ; le soumissionnaire n'apporte pas d'éléments de réponse :0 ".

9. La société Lopes Electricité soutient que le pouvoir adjudicateur a dénaturé le contenu de son offre en lui attribuant pour le jugement du sous-critère n° 1 du critère n° 1 une note de 1/4 après avoir relevé que les références de chantiers qu'elle avait produites n'étaient pas pertinentes et en accordant une note de 2/4 à la société Entra alors que cette dernière, qui n'avait fourni aucune référence, n'avait pas justifié de sa capacité à réaliser des travaux similaires. Elle en conclut qu'elle aurait dû, comme la société Entra, obtenir une note de 2/4 et qu'elle aurait alors remporté la consultation. Toutefois, alors que la société requérante admet que " ses références n'étaient pas totalement en adéquation avec le chantier du Cèdre Bleu ", il ressort des mentions non contestées du rapport d'analyse des offres que les notes respectives attribuées aux deux sociétés pour le jugement du sous-critère n° 1 du critère n° 1 étaient également justifiées par le fait que la méthodologie proposée pour assurer l'organisation du chantier et la qualité d'exécution des travaux était détaillée dans l'offre remise par la société Entra et peu détaillée dans l'offre de la société Lopes Electricité. Dans ces conditions la société requérante Lopes Electricité n'est pas fondée à soutenir qu'en lui attribuant la note de 1/4 pour le jugement du sous-critère n°1 du critère n° 1, le pouvoir adjudicateur aurait méconnu ou altéré manifestement le contenu de son offre.

10. En second lieu, contrairement à ce que soutient la société Lopes Electricité, le principe d'égalité de traitement des candidats n'impose pas au pouvoir adjudicateur de poser des questions ou d'adresser des demandes de précisions sur leur offre à l'ensemble des entreprises ayant soumissionné. Il s'ensuit que la société requérante ne saurait reprocher utilement à la commune de Sarcelles, qui a estimé nécessaire d'interroger plusieurs candidats sur certains points de leur offre, de l'avoir privée, en ne l'invitant pas s'expliquer, de la possibilité de lever certaines imprécisions sur le contenu de son offre.

11. Il résulte de ce qui précède que la société Lopes Electricité n'est pas fondée à demander l'annulation du marché litigieux sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative.

Sur la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative :

12. Le rejet des conclusions présentées par la société Lopes Electricité sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée, même d'office, une sanction sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, si le contrat litigieux a été signé pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 du même code.

13. Il résulte de l'instruction, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le marché litigieux a été signé par la commune de Sarcelles en méconnaissance de l'obligation prévue par l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Il y a donc lieu de prononcer une des sanctions prévues par l'article L. 551-20 du même code.

14. Pour déterminer la sanction à prononcer, il incombe au juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé prématurément, en méconnaissance des obligations de délai rappelées à l'article L. 551-20 du code de justice administrative, d'apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat.

15. La commune de Sarcelles fait valoir que le marché a été signé le 8 juin 2022 après l'expiration du délai de stand still et alors qu'elle ignorait qu'un référé précontractuel avait été formé le 7 juin 2022 par la société Lopes Electricité. Il résulte toutefois de l'instruction que la commune de Sarcelles, qui ne pouvait ignorer les conditions dans lesquelles un marché peut être signé lorsque le juge du référé précontractuel a été saisi, a signé le marché litigieux avec la société Entra alors que la société Lopes Electricité l'avait informée de l'introduction d'un référé précontractuel par l'intermédiaire d'un message électronique transmis à une adresse fonctionnelle de la collectivité. Il

y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une pénalité financière d'un montant de 8 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

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

16. 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. ".

17. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées respectivement par la société Lopes Electricité et la commune de Sarcelles au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

O R D O N N E :

Article 1er : Une pénalité de 8 000 euros, qui sera versée au Trésor public, est infligée à la commune de Sarcelles en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 2 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SAS Lopes Electricité, à la commune de Sarcelles et à la société Entra. Copie de l'ordonnance sera adressée au directeur départemental des finances publiques du Val-d'Oise.

Fait à Cergy, le 8 juillet 2022.

Le juge des référés,

signé

O. Rousset

La République mande et ordonne au préfet du Val-d'Oise 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 décision.

N°2209206