

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE PARIS**

N° 1708092/3

Société [REDACTED]

M. Camenen
Juge des référés

Ordonnance du 1^{er} juin 2017

39-08-015-01
C

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Le Tribunal administratif de Paris

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire en réplique, enregistrés les 15 et 30 mai 2017, la société [REDACTED] représentée par Me [REDACTED] demande au juge des référés :

1°) de déclarer irrecevable le mémoire en défense de la société [REDACTED] et les pièces qui l'accompagne et de les écarter des débats ;

2°) d'annuler la procédure de passation du marché de travaux de remplacement de la toile assurant l'étanchéité du bâtiment principal du [REDACTED] ;

3°) de mettre à la charge de l'établissement public du [REDACTED] et de la société [REDACTED] la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en sa qualité de maître d'ouvrage délégué, la société [REDACTED] n'est pas une partie à l'instance ; elle n'est pas recevable à présenter des observations ou formuler des conclusions ;
- le pouvoir adjudicateur ne peut utilement se prévaloir, pour faire échec à un référé précontractuel, de ce que la candidature du requérant était irrecevable et de ce que le requérant serait dès lors insusceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque, dès lors que ce pouvoir adjudicateur n'a ni rejeté la candidature ni sollicité une régularisation ;
- la candidature de la société [REDACTED] devait être écartée, celle-ci ne disposant pas des garanties et capacités financières nécessaires ;
- la société [REDACTED] n'était pas compétente pour initier la consultation et choisir l'attributaire ;
- il n'a pas été tenu compte de l'effectif proposé par elle à l'issue de la négociation,

soit deux équipes de quatre personnes puisque son offre a été notée sur la base d'une équipe de cinq personnes ; de son côté, l'attributaire a proposé de mettre à disposition un nombre de personnes supérieur à celui dont il dispose ; il n'a pas été tenu compte de son mémoire technique concernant l'acheminement des nouveaux modules de toile ; qu'elle devait obtenir la note maximale pour la valeur technique et donc une note globale supérieure à celle de l'attributaire.

Par un mémoire en défense, enregistré le 23 mai 2017, la société [REDACTED] représentée par Me Claisse, conclut au rejet de la requête et au versement par la société [REDACTED] de la somme de 3 200 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre de la société [REDACTED] étant irrégulière, celle-ci n'ayant pas précisé les surcoûts prévus en cas de travail de nuit ou de travail le dimanche, elle est insusceptible d'avoir été lésée par les manquements qu'elle invoque ;
- la candidature de la société [REDACTED] était régulière, celle-ci ayant des garanties suffisantes ;
- il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'examiner les moyens tirés de l'incompétence de l'auteur de la décision d'attribution ou de signature d'un marché public ; de plus, le choix de l'attributaire a été approuvé par l'établissement public ;
- l'analyse des offres a bien tenu compte de l'effectif proposé par la requérante à l'issue de la négociation ;
- une bonne note technique a été attribuée à l'offre de la requérante nonobstant le caractère irréaliste de la méthode d'acheminement des nouvelles toiles ; son offre ne pouvait obtenir la note maximale ;
- compte tenu des nuisances sonores que subissent les riverains depuis plusieurs années, un intérêt public certain s'attache à ce que les travaux soient mis en œuvre dans les meilleurs délais.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 24 et 31 mai 2017, l'établissement public du [REDACTED] représenté par Me [REDACTED] conclut au rejet de la requête et au versement par la société [REDACTED] de la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- l'offre de la société [REDACTED] étant irrégulière, celle-ci n'ayant pas précisé les surcoûts prévus en cas de travail de nuit ou de travail le dimanche, elle ne peut avoir été lésée par les manquements qu'elle invoque ;
- la candidature de la société [REDACTED] était régulière, celle-ci ayant des garanties suffisantes ;
- le choix de l'attributaire a fait l'objet d'une décision de la directrice générale de l'établissement public le 5 mai 2017 ;
- l'analyse des offres a bien tenu compte de l'effectif proposé par la requérante à l'issue de la négociation ;
- une bonne note technique a été attribuée à l'offre de la requérante nonobstant le caractère irréaliste de la méthode d'acheminement des nouvelles toiles ; son offre ne pouvait obtenir la note maximale ;

- compte tenu des nuisances sonores que subissent les riverains depuis plusieurs années, un intérêt public certain s'attache à ce que les travaux soient mis en œuvre dans les meilleurs délais.

Par deux mémoires en défense, enregistrés les 29 et 31 mai 2017, la société [REDACTED] représentée par Me [REDACTED] conclut au rejet de la requête et au versement par la société [REDACTED] de la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- l'offre de la société [REDACTED] étant irrégulière, elle est insusceptible d'avoir été lésée par les manquements qu'elle invoque ; son offre était irrégulière dès lors, d'une part, qu'elle n'a pas précisé les surcoûts prévus en cas de travail de nuit ou de travail le dimanche et, d'autre part, qu'elle n'a présenté formellement une nouvelle offre à la suite de l'invitation résultant du courrier électronique du 11 avril 2017 ;

- sa propre candidature était régulière, celle-ci ayant des garanties suffisantes ;
- il n'appartient pas au juge du référé précontractuel d'examiner les moyens tirés de l'incompétence de l'auteur de la décision d'attribution ou de signature d'un marché public ; de plus, le choix de l'attributaire a été approuvé par une décision de la directrice générale de l'établissement public du 5 mai 2017 ;
- en ce qui concerne la prise en compte des éléments de l'offre de la société [REDACTED] elle s'en rapporte aux écritures de la société [REDACTED] et de l'établissement public du [REDACTED]

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné M. Camenen, juge des référés, en application de l'article L. 551-1 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 du 31 mai 2017 :

- le rapport de M. Camenen,
- les observations de Me [REDACTED] pour la société [REDACTED]
- les observations de Me [REDACTED] pour l'établissement public du [REDACTED]
- les observations de Me Barre, pour la société [REDACTED]
- les observations de Me [REDACTED] pour la société [REDACTED]

L'audience a été tenue en présence de M. Fadel, greffier.

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

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, 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 »* ; que l'article L. 551-2 du même code dispose que : *« 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 (...) »* ;

2. Considérant qu'il appartient au juge administratif, saisi en application de ces dispositions de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration lors du déroulement de la procédure d'attribution d'un marché public ; que dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction, s'il appartient au juge du référé précontractuel de vérifier en particulier le bien-fondé des motifs de l'exclusion ou de l'admission d'une entreprise d'une telle procédure, il n'entre pas dans son office d'apprécier les mérites respectifs des offres ; qu'il lui appartient, en outre, 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 ;

3. Considérant que par un avis publié le 11 mars 2017, l'établissement public du [REDACTED] a lancé une consultation pour la réalisation des travaux de remplacement de la toile assurant l'étanchéité du bâtiment principal du [REDACTED] ; que le marché à procédure adaptée comporte une tranche ferme relative au remplacement de la toiture et une tranche conditionnelle relative au remplacement des façades ; que les travaux de la tranche ferme doivent être réalisés entre le 12 juillet et le 30 septembre 2017 ; que la société [REDACTED] maître d'ouvrage délégué de l'établissement public notamment chargé de la préparation du choix ou des entrepreneurs, a été autorisée à négocier tout ou partie des offres avec tout ou partie des candidats ;

4. Considérant que trois entreprises se sont portées candidates, en particulier la société [REDACTED] qui a été informée du rejet de son offre par un courrier du maître d'ouvrage délégué du 5 mai 2017, celle-ci ayant obtenu la note globale de 81/100, alors que l'entreprise retenue, la société [REDACTED] jugée mieux disante, a obtenu la note globale de 87,69/100 ; qu'après réception du rapport d'analyse des offres, la société [REDACTED] a saisi le juge du référé précontractuel pour obtenir l'annulation de la procédure de passation du marché ;

5. Considérant que l'établissement public du [REDACTED] la société [REDACTED] et la société [REDACTED] soutiennent que l'offre de la société [REDACTED] est irrégulière au sens de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 ; qu'en conséquence, la société requérante, qui ne peut en tout état de cause avoir été lésée au stade

de l'examen des offres, ne peut prétendre à l'annulation de la procédure de passation du marché ;

Sur la recevabilité des mémoires et pièces présentés pour la société [REDACTED]

:

6. Considérant qu'en vertu du mandat de maîtrise d'ouvrage du 28 février 2017, la société [REDACTED] s'est vu confier par l'établissement public du [REDACTED] le soin de faire réaliser les travaux objets de la consultation en litige, en préparant notamment le choix du ou des entrepreneurs ; que le mandataire a été habilité à agir au nom du maître de l'ouvrage tant en demande qu'en défense ; qu'ainsi, la société [REDACTED] n'est pas fondée à soutenir que les mémoires et pièces présentées pour la société [REDACTED] doivent être écartés des débats ;

Sur la régularité de l'offre de la société [REDACTED] :

7. Considérant qu'aux termes de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 susvisé :
« I. – L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées. / Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale (...) III. - Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. / Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses » ;

8. Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'en vertu de l'article 3.2 du règlement de la consultation relatif aux prestations supplémentaires éventuelles à chiffrer obligatoirement, il a été prévu que l'exécution de la tranche ferme pouvant être perturbée par des intempéries de durée exceptionnelle dont la responsabilité échappe à l'entreprise, cette dernière chiffrera le surcoût qu'entraînerait la nécessité de travailler, d'une part les dimanches et d'autre part en horaire de nuit, pour respecter les délais ; que ce même article 3.2 énonce que le chiffrage sera mentionné forfaitairement d'une part par dimanche travaillé et d'autre part par période de huit heures de nuit, pour l'ensemble de l'équipe de pose ; que l'acte d'engagement comportait dans son article 3 des rubriques destinées à mentionner le surcoût HT et TTC du travail le dimanche et du travail de nuit, à la fois pour la tranche ferme et la tranche conditionnelle ; qu'il est constant que ces rubriques n'ont pas été complétées dans l'offre remise par la société [REDACTED] ; qu'à l'invitation de la société [REDACTED] résultant de son courriel du 11 avril 2017, qui s'interrogeait sur le motif pour lequel ces rubriques n'avaient pas été complétées, la société [REDACTED] a précisé, dans un courrier du 20 avril 2017, que « le surcoût du travail de nuit et le dimanche est de 22 % dans le respect des heures répondant à la réglementation du travail » ; que le rapport d'analyse des offres a pris compte cette précision, tout en relevant que les rubriques de l'acte d'engagement de la société [REDACTED] n'avaient pas été renseignées, à la différence des offres concurrentes ; que toutefois, cette précision ne permet pas d'apprécier le surcoût réel par dimanche travaillé et par période de huit heures de nuit ; que dans ces conditions, s'agissant d'une mention devant figurer obligatoirement dans l'acte d'engagement, faute de régularisation, l'offre de la société [REDACTED]

doit être regardée comme irrégulière au sens des dispositions précitées de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 ; qu'ainsi, le pouvoir adjudicateur était tenu de l'éliminer ;

9. Considérant qu'un candidat dont l'offre est irrégulière n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque sauf si cette irrégularité est le résultat du manquement qu'il dénonce, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ; que le nouveau motif de rejet invoqué, tiré de l'irrégularité de l'offre en raison du caractère incomplet de son prix, compte tenu de son caractère objectif, devait être retenu dans le cadre de la procédure de passation et ne résulte pas d'un nouvel examen de l'offre ; qu'ainsi, le pouvoir adjudicateur peut se prévaloir pour la première fois devant le juge du référé précontractuel du caractère irrégulier de l'offre de la société [REDACTED] ; que dès lors, alors même que son offre a été classée à l'issue de la procédure de passation du marché et rejetée pour un autre motif, la société [REDACTED] qui n'a pu être lésée, n'est pas fondée à demander l'annulation de la procédure de passation du marché ;

10. Considérant qu'il résulte de ce tout ce qui précède que la requête présentée par la société [REDACTED] doit être rejetée ;

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

11. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'établissement public du [REDACTED] à la société [REDACTED] qui ne sont pas la partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par la société [REDACTED] au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société [REDACTED] le versement à l'établissement public du [REDACTED] à la société [REDACTED] et la société [REDACTED] de la somme de 1 000 euros chacun au titre au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de la société [REDACTED] est rejetée.

Article 2 : La société [REDACTED] versera à l'établissement public du [REDACTED] à la société [REDACTED] et la société [REDACTED] la somme de 1 000 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société [REDACTED] à l'établissement public du [REDACTED] à la société [REDACTED] et à la société [REDACTED]

Fait à Paris, le 1^{er} juin 2017.

Le juge des référés,

Le greffier,

G. Camenen

Y. Fadel

La République mande et ordonne au ministre de la culture en ce qui le concerne, ou à tous huissiers 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 ordonnance.