Tribunal administratif de Versailles, 6 septembre 2024, SARL Module Professionnal Kitchen, req. n° 2407096

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 16 août 2024, et un mémoire complémentaire enregistré le 3 septembre 2024, la société à responsabilité limitée Module Professionnal Kitchen (ci-après MPK), représentée par Me Leplat, demande au juge des référés statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :

1°) d'ordonner la suspension de la passation du marché en litige portant sur le lot n° 1 et toutes les décisions y afférant ;

2°) d'annuler l'intégralité de la procédure de passation litigieuse en ce qui concerne le marché public querellé ;

3°) d'enjoindre à la commune de Nozay, si elle entend poursuivre le projet de marché, de recommencer la procédure dans son intégralité ;

4°) de mettre à la charge de la commune de Nozay une somme de 2 500 euros au titre des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- en premier lieu, les dispositions de l'article L. 2124-2 du code de la commande publique font obstacle à ce que le pouvoir adjudicateur procède à une négociation ; or, outre que le règlement de la consultation prévoit qu'une négociation est possible, la société requérante pensait qu'elle ne pouvait pas négocier, s'agissant d'une procédure formalisée, de sorte que si elle a eu des échanges avec le pouvoir adjudicateur, elle n'a pas été en mesure de se positionner correctement ; il apparaît que la société attributaire du marché a vraisemblablement pu négocier certains éléments du marché, ce qui l'a amenée à être placée dans une situation plus favorable ; enfin, la commune a bien procédé à une négociation concernant un module de réserve sèche supplémentaire ;

- en deuxième lieu, en plus de se réserver à tort la possibilité de négocier, la commune a réalisé cette négociation de manière irrégulière ; en effet, elle a demandé à différents candidats des informations ou de modifier leurs offres sans passer par l'échange sur la plateforme prévue par le profil de l'acheteur, conformément à l'article 7.2, mais par simple mail ; si la commune entendait prétendre qu'il s'agit de simple renseignements, l'article 12.3 du marché prévoit un passage obligatoire par la plateforme ; or elle a échangé directement avec les candidats dont la société MPK ; il est par suite impossible de savoir ce que la commune a demandé à chacun des candidats et ce sur quoi la négociation a porté, ce qui constitue une violation des principes essentiels de la commande publique de transparence de la procédure et de mise en concurrence ;

- en troisième lieu, les documents du marché ne prévoyaient pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de modifier substantiellement le marché ; pourtant, à la suite de la remise des offres, les documents du marché ont été modifiés et même l'étendue dudit marché ; la commune a en effet demandé un module supplémentaire relatif à la réserve sèche ; de plus, le lot VRD était laissé soit à la charge du candidat soit à celle de la commune, ce qui a aussi été négocié ; la commune a demandé de chiffrer les VRD pour les deux lots du marché alors même que la société MPK n'a candidaté que pour le lot n°1 ;

- en quatrième et dernier lieu, le contenu du critère de la valeur technique est insuffisamment précis ; en effet, d'une part, il y est ajouté un sous-critère environnemental alors que le critère environnemental est un critère à part entière, détaché de la valeur technique ; le CCTP ne donne aucun élément sur ce qui est attendu en matière environnementale ; s'agissant, d'autre part, de " l'organisation et de la méthodologie de réalisation des prestations ", il est mentionné des sous-critères sans que leur pondération ne soit précisée ; en outre, les termes " présentation de l'organisation des tâches " sont très généraux ; la commune a demandé à la société MPK le chiffrage pour les VRD des deux lots alors même qu'elle n'a souhaité déposer sa candidature que pour le lot n°1 et que la " méthodologie et l'organisation " sont nécessairement très différentes selon que les VRD ont lieu pour le lot n°1 et le lot n°2.

Par un mémoire en défense, enregistré le 3 septembre 2024, la commune de Nozay, représentée par Me Beaulac, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la requérante la somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens ne sont pas fondés.

La requête a été communiquée à la SAS Illico qui n'a pas produit d'observations.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la commande publique ;

- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné Mme Marc, première conseillère, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique qui s'est tenue le 3 septembre 2024 à 14 heures, en présence de Mme Laforge, greffière d'audience, Mme Marc a lu son rapport et entendu :

- les observations de Me Leplat, représentant la société MPK, qui persiste en ses conclusions par les mêmes moyens ;

- les observations de Me Beaulac, pour la commune de Nozay, qui persiste en ses conclusions et moyens.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience à 14 heures 36.

Considérant ce qui suit :

1. La commune de Nozay a lancé, le 30 juin 2024, une consultation en vue de l'attribution, selon une procédure d'appel d'offres ouvert, d'un marché public de fournitures, ayant pour objet la location ou l'achat de bâtiments modulaires pour la création d'une école provisoire au sein de l'école des Clozeaux ainsi que d'une cuisine centrale. Ce marché était alloti, le lot n° 1 étant relatif aux " Éléments modulaires destinés à accueillir une cuisine centrale " et le lot n°2 étant relatif aux " Éléments modulaires destinés à accueillir des élèves des classes élémentaires ". La société MPK a présenté une offre pour le lot n° 1. Par un courrier du 9 août 2024, elle a été informée du rejet de son offre, classée troisième, et de ce que le marché était attribué à la société Illico. Par la présente requête, la société MPK demande au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure de passation du marché en cause.

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

2. 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 () / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". Aux termes de 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 ou à entrer au capital de la société d'économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local. () ".

3. En vertu des dispositions de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-1 en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. Il appartient dès lors au juge du référé précontractuel de rechercher si l'entreprise 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 lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

En ce qui concerne le moyen tiré du recours illégal à la négociation et le moyen tiré de la modification d'un des éléments substantiels du marché :

4. D'une part, aux termes de l'article L. 2124-2 du code de la commande publique : " L'appel d'offres, ouvert ou restreint, est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. ". Aux termes de l'article R. 2161-5 du même code : " L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre. ".

5. D'autre part, le règlement de la consultation prévoit que, dans son article 9.2 : " La collectivité pourra demander aux candidats de préciser la teneur de leur offre sous réserve que l'offre ne soit pas substantiellement modifiée. ". Il mentionne également, en son article 9.3 : " Une négociation est possible avec l'ensemble des candidats qui auront remis une offre régulière. Cette négociation est toutefois une possibilité. La collectivité se réserve le droit d'attribuer le marché sans négociation préalable ".

6. Enfin, le règlement de la consultation prévoit, en son article 3, que " La prestation devra être complète et comprendra la fourniture, l'installation, la location ou la vente et le transport de bâtiments démontables. Les aménagements préparatoires à l'installation et les travaux de génie civil et VRD devront être intégrés dans l'offre, la commune se réservant le droit de les réaliser elle-même. ". Et le cahier des clauses techniques particulières stipule en son point 2.1 consacré au projet : " Besoin en bâtiments modulaires sur le site de l'école des Clozeaux, pour la réalisation d'une cuisine provisoire : () Vestiaire/Sanitaire femme-homme/Bureau () Réserve sèche ".

7. Il résulte de l'instruction que plusieurs échanges de courriels ont eu lieu entre la commune de Nozay et la société requérante, à compter du 1er août 2024, quant au contenu de son offre, relativement à la date de livraison clés en main et à l'existence et la localisation d'un bureau, et la commune lui a demandé s'il lui était possible de prévoir un module pour une réserve sèche et de " retravailler le DPGF " mais également de chiffrer la partie VRD " pour les deux lots ". Or, il résulte clairement des stipulations des divers documents du marché, telles que rappelées dans le point précédent, que l'offre remise par les sociétés candidates devait obligatoirement prévoir la prestation relative aux VRD, et qu'elle devait comporter un bureau ainsi qu'une réserve sèche. Ainsi, contrairement à ce qui est soutenu, en demandant à la société requérante, par un courriel du 5 août 2024, de " prévoir un module pour une réserve sèche ", la commune de Nozay n'a pas exigé un module complémentaire, modifié les documents du marché ou son étendue, mais a seulement demandé à la société MPK de préciser le contenu de son offre quant à l'un des éléments contractuellement attendus. En outre, si la commune a par erreur de plume dans l'un des courriels, demandé à la société requérante de chiffrer la partie VRD " pour les deux lots " alors qu'elle ne candidatait

que pour un seul lot, la société requérante a pu rappeler ce point à la commune mais également lui indiquer qu'elle n'était pas à même de chiffrer ces prestations dans un délai raisonnable. Sur ce point, d'ailleurs, relatif au chiffrage des VRD, la société requérante ne justifie nullement avoir été lésée, dès lors qu'elle a obtenu la meilleure note sur le critère du prix et que le rapport d'analyse des offres précise qu'une même somme forfaitaire a été appliquée aux trois candidates afin de pouvoir comparer les offres sur ce point.

8. Par suite, compte-tenu de ce qui vient d'être exposé, et des termes mêmes des courriels précités, la commune de Nozay s'est bornée à demander des précisions sur le contenu de l'offre de la société requérante et n'a pas engagé, contrairement à ce qui est soutenu, de négociations. Il ne ressort au demeurant nullement de ces échanges que la société requérante n'aurait pas été en mesure de faire valoir les avantages de son offre ni de " se positionner correctement ". Il n'en ressort pas davantage, ni d'ailleurs d'aucune autre pièce du dossier, que la société attributaire aurait pu négocier des éléments du marché et aurait été placée dans une position avantageuse. Ainsi, non seulement, la commune n'a pas mis en œuvre de négociation mais elle n'a pas, non plus, modifié l'un des éléments substantiels du marché. Ces moyens doivent être écartés.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'absence d'utilisation de la plateforme d'échange du profil de l'acheteur :

9. L'article 7.2 du règlement de la consultation est intitulé : " Modalité de retraits des dossiers de consultation des entreprises ", et prévoit que : " La transmission des documents par voie électronique est effectuée sur le profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur (). Le choix du mode de transmission est global et irréversible. Les candidats doivent appliquer le même mode de transmission à l'ensemble des documents transmis au pouvoir adjudicateur. Le pli doit contenir deux dossiers distincts comportant respectivement les pièces de la candidature et les pièces de l'offre définies au présent règlement de la consultation. ". Et l'article 12.3 de ce même règlement prévoit que : " Pour obtenir tous renseignements complémentaires qui leurs seraient nécessaires au cours de leurs études, les candidats devront faire parvenir impérativement leurs demandes par l'intermédiaire du profil d'acheteur du pouvoir adjudicateur au plus tard 10 jours calendaires avant la date limite de réception des offres. Les réponses aux demandes de renseignements complémentaires sur les documents de la consultation seront communiquées aux entreprises via le profil d'acheteur () ".

10. La société MPK soutient que la commune, en plus de se réserver la possibilité de négocier, l'a fait de manière irrégulière, dès lors qu'elle a demandé aux candidats des informations ou de modifier leurs offres sans passer par le profil d'acheteur, en méconnaissance des stipulations citées au point précédent. Or, pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus aux points 7 et 8, aucune négociation ni modification du marché ne résulte de l'instruction. Au demeurant, les stipulations précitées de l'article 12.3 du règlement de la consultation n'ont trait qu'à la demande de renseignements complémentaires par les sociétés candidates avant le dépôt de leur offre, ce qu'a

d'ailleurs fait la société requérante et les autres sociétés candidates sur la plateforme klekoon, tandis que celles de l'article 7.2 de ce règlement concernent la transmission des documents de la consultation. Aucune stipulation des documents du marché ne détermine la forme que doit revêtir la demande de précision par le pouvoir adjudicateur sur la teneur d'une offre, une fois celle-ci déposée. Il ne résulte pas davantage de l'instruction, ainsi que cela a été dit, qu'une négociation ait été menée avec les autres sociétés candidates. Et s'il résulte de l'instruction que, par des courriels des 1er et 4 juillet 2024, la société requérante a posé des questions à la commune sur le chiffrage des travaux préparatoires et que celle-ci lui a répondu, elle n'établit pas en quoi elle aurait été, de ce seul fait, lésée. Pour l'ensemble de ces motifs, le moyen doit être écarté.

En ce qui concerne le moyen tiré de l'insuffisance de l'information dans le contenu du critère de la valeur technique :

11. Le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics. Il peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour l'élaboration de la note des critères que les modalités de détermination de cette note par combinaison de ces éléments d'appréciation. Une méthode de notation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour noter les critères de sélection des offres sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités de détermination de la note des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode de notation.

12. Il résulte du règlement de la consultation que le critère " valeur technique et environnementale " est ainsi énoncé : " () total de 40 points apprécié au regard du mémoire technique et constitué par la somme des notes attribuées pour chacun des sous-critères suivants : - Précision et pertinence de l'organisation et de la méthodologie de réalisation des prestations () sur 15 points ", à la suite de quoi sont mentionnés : " Respect du planning, Présentation de l'organisation des tâches, Méthodologie de livraison des bâtiments sur site, service après-vente des bâtiments modulaires au cours de la location ", puis " - Mise en place des modulaires, prise en compte du contexte du site sur 10 points - Qualité des bâtiments et respect des normes ERP au regard des fiches techniques sur 10 points - Précision et pertinence des actions mise en œuvre pour la protection de l'environnement et la valorisation des déchets comme ressources spécifiques au chantier (recyclage/gestion/valorisation/matériaux des préfabriqués etc) sur 5 points. Chacun de ces éléments sera apprécié en appliquant à chaque sous critère le coefficient suivant : Très satisfaisant : 1 / Satisfaisant : 0,75 / Moyennement

satisfaisant : 0,50 / Insatisfaisant : 0,25 / Pas de renseignement ou renseignement erroné : 0. La formule de notation est la suivante : No = Pt*N/M A est la note obtenue au critère valeur technique Pt : nombre de points obtenus au total du tableau sous critères de la valeur technique N : note maximale pouvant être obtenue au critère valeur techniques du présent RC (40). M : nombre de points le plus élevé obtenus par un candidat au total du tableau sous critère de la valeur technique. Classement : Le candidat retenu sera celui ayant obtenu la note la plus élevé après addition des notes pondérées correspondant aux critères. L'offre ayant obtenu la meilleure note sera retenue sous réserve de respecter les conditions d'attribution. ".

13. Il résulte de l'ensemble de ces mentions, d'une part, que le critère de la " valeur technique et environnementale ", que le pouvoir adjudicateur pouvait librement qualifier ainsi, est divisé en quatre sous-critères, soit la précision et la pertinence de l'organisation et de la méthodologie de réalisation des prestations, la mise en place des modulaires et la prise en compte du contexte du site, la qualité des bâtiments et le respect des normes ERP au regard des fiches techniques et, enfin, la précision et la pertinence des actions mises en œuvre pour la protection de l'environnement et la valorisation des déchets comme ressources spécifiques au chantier, chacun de ces quatre sous-critères étant affecté d'un nombre de points précis et expressément mentionnés. D'autre part, le premier des sous-critères est accompagné de mentions quant à son contenu attendu, soit le respect du planning, la présentation de l'organisation des tâches et la méthodologie de livraison des bâtiments sur site et service après-vente des bâtiments modulaires au cours de la location, lesquelles ne constituent pas des sous-sous critères qui auraient dû être pondérés mais la simple précision des éléments d'appréciation choisis par le pouvoir adjudicateur pour l'évaluation du sous-critère en cause, et qui ne le privent nullement de sa portée. De plus, le sous-critère relatif à la précision et la pertinence des actions mises en œuvre pour la protection de l'environnement et la valorisation des déchets comme ressources spécifiques au chantier est assorti de simples exemples dont la liste n'est pas exhaustive et est, compte-tenu de sa formulation même, suffisamment précis. Au demeurant, la société requérante a obtenu sur ce sous-critère exactement le même nombre de points que les deux autres sociétés candidates, le rapport d'analyse des offres relevant que " les trois sociétés présentent des garanties suffisantes en matière de protection de l'environnement et de valorisation des déchets tant sur la qualité de leurs produits que dans leurs pratiques professionnelles ", ce qui démontre qu'elle a été mise à même de comprendre ce qui était attendu et d'y répondre. Enfin, si la société requérante soutient que l'imprécision quant à la prise en charge des VRD était de nature à rendre encore plus obscur le contenu du sous-critère relatif à l'organisation et la méthodologie de réalisation des prestations, il résulte des mentions du rapport d'analyse des offres que la question des VRD n'a été examinée que pour le critère du prix et n'a pas, ainsi que cela a été dit, lésé la société requérante, à qui il était d'ailleurs loisible de poser toute question nécessaire aux fins de lever, le cas échéant, ses doutes quant à la compréhension du sous-critère en cause. Le moyen doit, par suite, être écarté.

14. Il résulte de tout ce qui précède que les conclusions présentées par la société MPK sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative doivent être rejetées.

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

15. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Nozay, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la somme que demande la société MPK sur leur fondement. Il y a lieu, en revanche et dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société MPK la somme de 1 000 (mille) euros à verser à la commune de Nozay au titre des mêmes dispositions.

O R D O N N E :

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

Article 2 : La société MPK versera à la commune de Nozay la somme de 1 000 (mille) euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société à responsabilité limitée Module Professionnal Kitchen, à la commune de Nozay et à la SAS Illico.

Fait à Versailles, le 6 septembre 2024.

La juge des référés,

signé

E. Marc

La République mande et ordonne à la préfète de l'Essonne 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 ordonnance.