

**N° 396597, 396633**  
**Communauté d'agglomération**  
**du centre littoral et autres**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 6 juillet 2016**  
**Lecture du 22 juillet 2016**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Olivier HENRARD, rapporteur public**

**1.** La communauté d'agglomération du Centre Littoral (CACL), en Guyane, a lancé le 28 août 2015 une procédure d'appel offres ouvert pour attribuer un marché de collecte des déchets ménagers divisé en deux lots géographiques.

Le lot n°1 correspond à la commune de Cayenne à l'exception de la zone industrielle de Collery et le lot n°2 à diverses localités situées plus au sud ainsi qu'à la zone de Collery. Le lot n°1 a été attribué à la société G2C et le lot n°2 au groupement des sociétés Guyanet et Guyanet Environnement. La SAS Sogema, candidate pour les deux lots, a été informée du rejet de ses offres le 2 décembre 2015. Elle a saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Cayenne. Celui-ci a annulé la procédure de passation des deux lots, par une ordonnance du 14 janvier 2016.

Pour ce qui concerne le lot n°1, le juge a estimé que l'article 5.1 du règlement de la consultation, qui autorisait les variantes, ne définissait pas de façon suffisamment précise les exigences minimales que ces variantes devaient respecter, en violation du I de l'article 50 du code des marchés publics. Or, le pouvoir adjudicateur a retenu une variante libre de la société G2C pour ce lot. Pour ce qui regarde le lot n°2, le juge a considéré que les modalités d'appréciation du critère du prix avaient été modifiées après le dépôt des offres.

La CACL s'est pourvue en cassation sous le n° 396597 et les sociétés Guyanet et Guyanet Environnement sous le n°396633, en tant seulement que l'ordonnance a statué sur le lot n°2 auquel elles étaient candidates. Vous avez admis ce second pourvoi et admis les conclusions du pourvoi de la CACL dirigées contre l'ordonnance en tant seulement qu'elle statue sur la légalité du lot n°2. Nous vous proposons de joindre les deux pourvois.

**2.** Les moyens qui sont dirigés contre la régularité de l'ordonnance ne vous retiendront pas.

**2.1.** Les deux pourvois soutiennent d'abord que l'ordonnance est irrégulière faute de mentionner la date de l'audience publique.

Assez étrangement, l'ordonnance comporte la date à laquelle elle a été prononcée, l'heure à laquelle s'est achevée l'audience publique (11h31) mais pas la date de cette audience.

Le dernier alinéa de l'article R.741-2 CJA, applicable aux décisions collégiales, prévoit que « *La décision fait apparaître la date de l'audience et la date à laquelle elle a été prononcée* ». Cet article reprend ainsi, s'agissant de la date de l'audience, une règle générale de procédure dégagée par vos décisions CE, 14 nov. 1962, *W...*, T. p. 1072 ou encore CE, 28 mai 1971, *F...*, p. 417.

S'agissant toutefois des ordonnances de référé, l'article R. 522-11 du code prévoit que les mentions qu'elles comportent sont celles définies au chapitre 2 du titre IV du livre VII. Or, l'article R. 742-2 énumère un certain nombre de mentions, notamment celle de la date de signature de l'ordonnance, mais pas celle du jour de l'audience.

**2.2.** Le pourvoi n°396633 fait valoir ensuite que l'ordonnance ne fait pas apparaître la date de clôture de l'instruction, mais cette mention n'est pas exigée par le CJA.

**2.3.** Le même pourvoi n°396633 soutient ensuite que la Sogema a déposé un mémoire le 11 janvier 2016 qui n'a pas été visé dans l'ordonnance.

Il résulte toutefois des dispositions du même article R. 742-2 que les ordonnances n'ont pas à viser des mémoires qui ne contiennent pas des conclusions nouvelles : CE, 21 octobre 2009, *M. A...*, n°320320, T. P. 903.

**2.4.** Les deux pourvois soutiennent en outre que le juge des référés aurait fondé sa décision sur un mémoire de la Sogema déposé le 12 janvier 2016 et non communiqué aux parties.

Il est exact que ce mémoire, produit le jour de la clôture de l'instruction, n'a pas été communiqué. Toutefois, le juge n'a pas eu besoin des éléments complémentaires qu'il contenait, lesquels se rapportaient au fait que certaines rubriques de sous-détails de prix forfaitaires non complétées par la Sogema devaient être regardées comme renseignées avec une valeur de zéro euro. Il pouvait tirer cette conclusion à partir des écritures et pièces de la CAACL et notamment du bordereau de prix unitaires produit à l'appui de son mémoire n°3.

**3.** Nous vous proposons en revanche d'accueillir un moyen dirigé contre le bien-fondé de l'ordonnance attaquée, développé dans les deux pourvois.

Les requérants soutiennent que le juge des référés aurait commis une erreur de qualification juridique et une erreur de droit en considérant que l'irrégularité liée à la modification du critère prix avait pu léser les intérêts de la Sogema. En effet, une telle irrégularité aurait été sans conséquence sur le classement final des offres.

Est donc ici invoquée votre jurisprudence CE, Sect., 3 octobre 2008, *S...*, n°305420, A, selon laquelle un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ne peut être sanctionné par le juge du référé précontractuel que s'il a lésé, ou est susceptible d'avoir lésé, le requérant qui s'en prévaut. Vous exercez en cassation un contrôle de qualification juridique

sur la notion de manquement susceptible d'avoir lésé le tiers évincé : CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n°334845, 858-896-934.

En l'espèce, les pièces de la consultation distinguaient les prestations de collecte régulières, rémunérées par un prix global forfaitaire, des prestations occasionnelles, rémunérées à prix unitaire et dont le montant maximum était plafonné à 5% du marché.

Il était également prévu par l'article 17 du règlement de la consultation que, s'agissant du critère prix, le classement des offres serait effectué sur la base du seul prix global forfaitaire. Telle était l'information dont disposaient les candidats à la date de dépôt des offres.

En définitive, la CACL a mis en œuvre une autre méthode d'analyse des prix et cela n'est pas contesté : elle a pris pour base la proposition globale forfaitaire de chaque candidat, l'a majorée de 5% soit le montant maximal des prestations occasionnelles, puis a effectuée la comparaison à partir des sommes ainsi obtenues.

Ainsi la société Guyanet, attributaire du lot, avait proposé un prix global forfaitaire de 4 439 985 euros : la majoration de 5 % a conduit la CACL à retenir un total de 4 661 984 euros pour la comparaison des offres.

La Sogema avait pour sa part proposé un prix forfaitaire global supérieur de 15 euros à celui de sa concurrente avec 4 440 000 euros, soit 4 662 000 euros après majoration de 5%.

L'écart était donc de 16 euros pour la comparaison avec l'offre de Guyanet. Les deux sociétés ont obtenu la même note pour le critère prix et ce sont les critères techniques qui ont fait la différence au profit de Guyanet.

Le juge en a conclu que « *l'insuffisante information des candidats par la CACL constituait un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de (...) léser* » la Sogema.

Si la méthode de comparaison du prix des offres n'était pas conforme aux pièces de la consultation et à l'information dispensée aux concurrents, ainsi que nous l'avons relevé, nous ne voyons pas en quoi cette irrégularité a pu léser la Sogema. Le résultat de la comparaison aurait bien évidemment été le même sans la majoration de 5%, qui a été appliquée de manière uniforme à deux offres de base quasi-identiques. L'irrégularité commise par la CACL, quelle que soit la pondération du critère prix, était donc neutre. Elle n'a pu léser la Sogema et le juge des référés a bien commis une erreur de qualification juridique.

Nous vous proposons donc d'annuler l'ordonnance pour ce motif, en tant qu'elle a annulé la procédure de passation du lot n°2 et de régler l'affaire dans cette mesure au titre de la procédure de référé engagée.

4. Le premier moyen développé par la Sogema devant le juge du référé précontractuel était tiré de la modification du critère du prix en cours de consultation pour le lot n°2, mais nous avons vu que ce manquement n'a pas été susceptible de la léser.

5. Le moyen suivant était tiré de ce que la définition du critère prix dans le règlement de la consultation n'aurait pas permis à la CACL de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, en méconnaissance de l'article 53 du code des marchés publics.

Le critère prix, nous l'avons dit, était apprécié sur la base du seul prix global forfaitaire des prestations régulières et procédait donc à la neutralisation des prestations occasionnelles – rémunérées pour leur part à prix unitaire.

Selon la Sogema, cette méthode pouvait aboutir à attribuer le marché à un candidat dont le prix pour la totalité des prestations effectivement réalisées – régulières et occasionnelles – aurait été supérieur à celui d'autres candidats.

Le contrôle du juge du référé précontractuel sur la méthode de notation se limite à la recherche d'une erreur de droit ou d'une discrimination illégale : CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n<sup>os</sup>364551, 364603, T. P. 601-702-762-807 non fichée sur ce point.

Il est vrai que l'on peut imaginer un « scénario noir » dans lequel les entreprises candidates serreraient leur prix global forfaitaire et se rattraperaient avec des prix unitaires élevés pour leurs prestations occasionnelles, non pris en compte dans la notation de leur offre.

Nous observons toutefois qu'en l'espèce, ce scénario semble improbable ou qu'à tout le moins ses conséquences seraient extrêmement limitées, puisque le montant maximum des prestations occasionnelles a été plafonné à 5% du marché.

En outre, les prestations occasionnelles demeureraient hypothétiques puisqu'il ne ressort pas des pièces du marché que la CACL avait procédé ou était en mesure de procéder à l'estimation de ses besoins en la matière.

Nous ne pensons donc pas qu'une méthode de notation qui aurait consisté à additionner le prix global forfaitaire de prestations certaines avec le prix de prestations non certaines obtenu en multipliant les prix unitaires des candidats par le nombre de commandes estimé, aurait abouti à un résultat plus fiable sur le plan économique que la méthode consistant à ne tenir compte que des prestations régulières.

Compte tenu de ces éléments et notamment de l'encadrement très strict des prestations occasionnelles, nous ne pensons pas que la CACL a commis une erreur de droit et encore moins une discrimination illégale.

6. La Sogema soutenait ensuite que la CACL aurait méconnu le principe d'égalité et l'article 53 du code des marchés publics pour ne pas avoir réalisé deux classements distincts des offres, l'un prenant en compte l'offre de base complétée des prestations supplémentaires éventuelles, l'autre prenant en compte seulement l'offre de base des candidats

Ce moyen se fonde sur une fiche technique mise en ligne dans l'espace marchés publics de la direction des affaires juridiques des ministères financiers, relative aux « Options et prestations supplémentaires éventuelles ». Cette fiche préconise que, lorsque des prestations

supplémentaires sont imposées par le pouvoir adjudicateur, celui-ci réalise les deux classements distincts évoqués par la Sogema.

Outre que cette fiche n'a évidemment aucune valeur normative, nous ne sommes pas ici dans son champ d'application.

En effet, la fiche précise que les prestations supplémentaires éventuelles dont elle traite « *correspondent à l'ancienne notion d'option technique, désormais abandonnée* ». Or, les prestations occasionnelles du présent marché ont exactement la même nature que les prestations régulières : seule leur commande est hypothétique.

**6.** La Sogema soutenait enfin que la CACL a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'exigeant pas des candidats des justificatifs sur l'absence de vétusté des véhicules proposés par les candidats.

Vous avez récemment jugé que lorsque le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats : CE, 9 novembre 2015, *Société des autocars de l'Île de Beauté*, n°392785, T. P. 746. Toutefois, rien de tel dans le cas présent.

Le CCTP se bornait en effet à exiger des candidats qu'ils utilisent des véhicules « *en bon état de fonctionnement et entretenu régulièrement* » (article 5.1). Par ailleurs, l'article 17 du règlement de la consultation stipulait que le critère « effectifs humains et matériels », pondéré à 20%, serait apprécié notamment au regard des éléments suivants : « *2.6 Nombre de véhicules envisagé (effectif par type et caractéristique sommaires) et aspect innovant, temps de travail annuel prévisionnel de chaque véhicule, effectif de remplacement, kilométrage annuel prévisionnel et justifications (...); caractéristiques sommaires des véhicules envisagés (...)* ».

La CACL n'a donc exigé aucune caractéristique technique déterminée pour les véhicules des candidats. C'est d'ailleurs le terme de « *caractéristiques sommaires* » qui est explicitement employé dans le règlement de la consultation.

La portée de votre décision *Société des autocars de l'Île de Beauté* n'est aucunement de consacrer une obligation générale de vérification de l'exactitude des offres à la charge du pouvoir adjudicateur, obligation qui serait aussi inutile qu'impossible à mettre en œuvre par les collectivités les plus modestes. C'est seulement lorsqu'une caractéristique technique tout à fait précise est exigée et que cette exigence a une incidence directe sur la notation des offres que ce critère doit être assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des déclarations des candidats : ainsi, dans l'affaire *Société des autocars de l'Île de Beauté*, le stationnement des véhicules dans un lieu couvert constituait un sous-critère bien identifié représentant le quart du critère de la valeur technique des offres.

Ce moyen n'est donc pas plus fondé que le précédent.

PCMNC :

- à l'annulation de l'article 2 de l'ordonnance attaquée ;

- au rejet de la demande de la société Sogema tendant à l'annulation de la procédure de passation du lot n°2 du marché litigieux ;
- au rejet de ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- à ce que la société Sogema verse une somme de 3 000 euros à la société Guyanet et une somme de 3 000 euros à la Communauté d'agglomération du Centre Littoral.