

N° 439 525 / 439 543

Commune de Perpignan / Soc. Sanguinède di Frenna

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 20 octobre 2020

Lecture du 13 novembre 2020

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

1. Vous pourrez joindre les deux pourvois qui viennent d'être appelés et qui sont dirigés contre la même ordonnance du 27 février 2020, par laquelle le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montpellier a annulé, à la demande de la société Charrel, candidate évincée, la procédure de passation des lots n° 1 (« Conseil juridique et représentation en justice et modes alternatifs de règlement des conflits en droit public général et droit de la commande publique ») et n° 5 (« Conseil juridique et représentation en justice et modes alternatifs de règlement des conflits en droit de la fonction publique et droit du travail ») de l'accord-cadre à bons de commande en vue de prestations de services juridiques engagé par le groupement de commandes composé de la commune de Perpignan et de la communauté urbaine Perpignan Méditerranée Métropole, qui ont chacun été attribués à la société Sanguinède di Frenna.

2. La cassation de l'ordonnance attaquée nous paraît certaine, en raison d'un motif d'irrégularité imparable.

Vous savez en effet que l'article R. 522-8 du CJA¹ implique que le juge des référés « *qui soumet au débat contradictoire deux notes en délibéré doit différer la clôture de l'instruction et fixer pour cette dernière une nouvelle date de clôture* » (CE 5 décembre 2007, *Association Transparence*, n° 304799, aux T. sur ce point).

¹ qui est applicable au référé précontractuel - cf. CE 27 juillet 2001, *société Degremont et Siape*, n° 232820, A

Or, comme le pointe la commune de Perpignan devant vous, il ressort des pièces du dossier qui vous est soumis que, postérieurement à l'audience publique tenue le 25 février 2020, la société Charrel a adressé au tribunal administratif, le 26 février, deux notes en délibéré. Ces dernières ont été communiquées aux autres parties le même jour par le greffe, lequel a indiqué à la commune de Perpignan qu'elle pouvait produire ses observations « dans les meilleurs délais ». Le juge des référés doit ainsi être regardé comme ayant rouvert l'instruction. Par suite, il ne pouvait pas rendre son ordonnance sans procéder à une nouvelle clôture de l'instruction, après en avoir informé les parties en temps utile. Dès lors qu'il ne ressort ni des mentions de son ordonnance ni des pièces du dossier qu'il y aurait procédé, le juge des référés a donc entaché son ordonnance d'irrégularité.

3. Si vous souhaitez être didactiques, un second moyen nous paraît également de nature à entraîner la cassation de l'ordonnance.

En effet, pour annuler la procédure litigieuse, le JRTA s'est borné à relever que l'écart entre les notations respectives de la société Charrel et de la société attributaire n'était que de 0,1 point et que le manquement qu'il a relevé s'agissant du critère du prix avait affecté la notation des offres. Il n'a toutefois pas recherché si ce manquement était, dans les circonstances particulières de l'espèce, susceptible d'avoir lésé la société requérante. Il ne suffit pas, en effet, qu'un écart soit faible ni même que la méthode de notation soit erronée pour caractériser une lésion : encore faut-il que le juge vérifie, de manière concrète, si l'application d'une méthode de notation régulière aurait permis au concurrent évincé d'emporter le marché en litige. Faute d'y avoir procédé, le juge des référés a commis une erreur de droit.

3. Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous retrouverez d'abord en cette qualité le moyen retenu par le juge montpelliérain pour annuler la procédure, tiré de l'irrégularité de la méthode de notation du critère « prix ».

Le JRPC exerce un contrôle limité à **l'erreur de droit ou à la discrimination illégale** sur la méthode de notation mais, dans ces hypothèses, cela ne fait pas obstacle à ce qu'il contrôle la méthode mise en œuvre par l'acheteur pour éviter des effets pernicioseux (CE 29 octobre 2013, *Val d'Oise Habitat*, n° 370789, aux T., pour une méthode conduisant à ne pas attribuer la meilleure note, sur le critère prix, à l'offre la

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

moins chère ; CE 24 mai 2017, *ministre de la défense c/ société techno Logistique*, n° 405787, aux Tables, pour une méthode attribuant la note de 20/20 à l'offre la moins chère et de 0/20 à l'offre la plus chère quel que soit l'écart de prix entre les deux).

S'agissant plus précisément de la **régularité du critère du prix**, vous considérez que la méthode de notation d'un critère ne doit pas conduire, par elle-même, à priver de porter ce critère et, de ce fait, conduire à ce que la meilleure offre pour ce critère n'obtienne pas la meilleure note (CE 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373362, B). Dans cette décision, vous aviez censuré la méthode du « barycentre » qui conduisait à donner la meilleure note, sur le critère du prix, à l'offre située la plus près de l'estimation du pouvoir adjudicateur.

Dans un cas assez proche du nôtre, vous avez également censuré une méthode de notation consistant, en cas de marché à prix unitaire, à noter le critère prix à partir d'une moyenne arithmétique de la valeur des différents lots sans tenir compte de la disparité de valeurs entre ces lots (CE 1^{er} juillet 2015, *Snegso*, n° 381095, B ; voir aussi, après seconde cassation, CE 6 avril 2018, *Habitat Sud Atlantic*, n° 402219, C).

En l'espèce, les candidats au marché étaient invités à soumettre leurs prix unitaires pour au moins neuf prestations différentes² évaluées au titre du prix. Pour noter cette offre, le pouvoir adjudicateur a d'abord additionné l'ensemble des prix unitaires proposés par les candidats pour les différentes prestations proposées, mais sans leur appliquer aucune pondération tenant compte de leur valeur respective, alors que le tableau d'analyse des prix montre leur très forte disparité : la valeur des prestations varie ainsi entre 80 € environ pour une consultation et 1 500 € pour une médiation, en passant par environ 300 € pour une réunion et 1 200 € pour une procédure devant le TA.

Concrètement, eu égard aux effets volume, cette méthode a pour effet de sous-pondérer les prestations dont les prix unitaires sont faibles – ici, les consultations juridiques – et de surpondérer les prestations dont les prix unitaires sont élevés – représentation en justice et modes alternatifs de règlement des litiges.

² consultations juridiques urgentes, simples et complexes ; réunions dans le cadre d'une consultation juridique ; représentation devant le tribunal administratif, en expertise, devant la cour administrative d'appel ; réunion dans le cadre d'une mission de représentation en justice ; intervention dans le cadre de modes alternatifs de règlement des différends.

Certes, les requérantes faisaient valoir qu'il s'agit d'un accord-cadre à bons de commande et non d'un marché classique à prix unitaires et qu'il n'est pas possible d'estimer les besoins de prestations avant la réalisation du marché. Mais nous ne voyons pas en quoi cette circonstance ferait obstacle à ce que vous suiviez un raisonnement similaire à celui que vous avez tenu dans les précédents que nous avons cités. Plusieurs méthodes étaient pour ce faire envisageables : outre celle de la moyenne pondérée en fonction de la valeur moyenne des prestations (jurisprudence *SNAGSO/ Habitat Sud Atlantic*), on peut aussi songer à celle du « détail quantitatif estimatif » (DQE), le cas échéant en mode « masqué » (cf. CE 16 novembre 2016, *Société SNEF*, n° 401660, B).

Vous accueillerez donc le moyen d'erreur de droit à avoir adopté cette méthode de notation du critère du prix, qui constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Après avoir observé que la société Charrel proposait des prix unitaires plus faibles que l'attributaire s'agissant des consultations juridiques simples et complexes et qu'une pondération supérieure des prix de ces dernières prestations par le pouvoir adjudicateur, par rapport aux prestations de représentation en justice et d'assistance aux modes de règlement alternatif des litiges, aurait pu permettre à la société requérante d'obtenir la meilleure note sur le critère du prix, vous en déduisez qu'eu égard à l'écart de 0,1 point seulement sur les autres critères, obtenir la meilleure note sur ce critère aurait pu permettre à cette société de remporter le marché et que le manquement est donc susceptible de l'avoir lésée. Vous relèverez toutefois, contrairement à ce qu'avait omis de faire le premier juge, qu'un tel manquement n'est susceptible que de justifier une annulation au stade de l'analyse des offres et non une annulation totale.

4. Il vous reviendra dès lors d'examiner les cinq autres moyens présentés devant le JRTA mais aucun ne nous paraît fondé.

4.1 Contrairement à ce qui est soutenu, le critère n° 2, relatif aux « modalités de collaboration » et pondéré à hauteur de 30 %, n'est pas de nature à conférer une liberté de choix illimitée à la commune de Perpignan et la communauté urbaine Perpignan Méditerranée Métropole dès lors que le règlement de consultation précise les attentes générales des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne la réactivité du cabinet, le suivi des dossiers et la capacité à formuler des recommandations.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

4.2. Vous écarterez ensuite un moyen tiré de ce que ce critère n°2 était subdivisé en sous-critères qui auraient dû être communiqués aux candidats. En effet, il résulte de l'instruction que les pouvoirs adjudicateurs ont évalué les offres au regard du critère n° 2 en se fondant sur une liste de treize éléments d'appréciation. La note des candidats sur le critère n° 2 pouvait être affectée d'un malus de 0,5 à 4 points sur 30 si leur offre ne prévoyait pas la prestation, le service ou l'objectif de qualité faisant l'objet de cet élément d'appréciation. Ces éléments d'appréciation, qui constituaient la méthode de notation du critère n° 2, ne pouvaient être eux-mêmes regardés comme des critères d'attribution eu égard à leur nombre et à leur faible pondération.

4.3. En troisième lieu, le moyen tiré de ce que la société Charrel aurait été pénalisée à tort, faute pour elle d'avoir prévu une veille juridique dans son offre, manque en fait puisqu'aucun malus ne lui a été effectivement infligé.

4.4. S'agissant enfin des deux moyens relatifs à l'appréciation du critère n° 3 « qualité de l'équipe dédiée », il ressort de l'instruction que les deux sociétés ont obtenu la note maximale de 2,9 pour cet item et la société requérante n'établit pas en quoi les vices qu'elle allègue, s'agissant notamment des éléments d'appréciation retenus par les pouvoirs adjudicateurs, auraient pu la léser en conduisant à une note anormalement haute de la société attributaire.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance du 27 janvier 2020 du juge des référés du tribunal administratif de Montpellier ;
- à l'annulation au stade de l'analyse des offres de la procédure de passation des lots n° 1 et n° 5 de l'accord-cadre à bons de commande de prestations de services juridiques de la commune de Perpignan et de la communauté urbaine Perpignan Méditerranée Métropole ;
- au rejet des conclusions de la commune de Perpignan et de la société Sanguinède di Frenna présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.