

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 10 juillet 2023
Décision du 2 août 2023

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

La communauté de communes de Rahin et Chérimont, située en Haute Saône, a engagé la passation d'un marché public selon la procédure adaptée portant sur des travaux relatifs à la création de passerelles dans le cadre de travaux connexes à la réalisation d'une voie verte. La société de travaux publics et industriels (STPI), membre d'un groupement dont l'offre a été rejetée, a saisi le juge du référé précontractuel du TA de Besançon qui, par une ordonnance du 24 mars dernier, a annulé la procédure d'attribution du marché et enjoint à la communauté de communes de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres.

Se méprenant sur la voie de recours, la communauté de communes a alors saisi la CAA de Nancy mais celle-ci vous a renvoyé sa requête, qui doit être regardée comme un pourvoi en cassation et qui a été dûment régularisée.

Pour annuler la procédure d'attribution du marché, le JRTA de Besançon a retenu deux motifs d'irrégularité distincts. Il vous faut donc, en application de votre décision *Centre hospitalier Edmond Garcin* du 8 août 2008 (n° 309652, aux Tables), examiner chacun de ces deux motifs. Ce n'est en effet que s'ils sont tous deux erronés que vous devrez casser l'ordonnance attaquée. Et nous pensons que tel est bien le cas : le pourvoi soulève, contre chacun de ces motifs, un moyen de cassation qui nous paraît fondé.

Le premier motif d'irrégularité de la procédure de passation retenu par le JRTA dans son ordonnance est tiré de ce que la communauté de communes aurait manqué à ses obligations de publicité et de transparence en ne communiquant pas au groupement dont la société STPI était membre suffisamment d'éléments quant au motif du rejet de sa candidature. Notons à titre liminaire que ce motif est entaché d'une erreur de droit, puisque le JRTA a cité, au point 4 de son ordonnance, les textes relatifs à la procédure formalisée alors qu'il s'agissait en l'espèce d'une procédure adaptée. Mais vous ne relèverez pas cette erreur puisque ce n'est pas sur ce terrain que se situe le moyen de la communauté de communes. Et, en tout état de cause, même en procédure formalisée, vous jugez :

- que l'information sur les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dont est destinataire l'entreprise évincée a notamment pour objet de lui permettre de contester utilement le rejet qui lui est opposé devant le juge du référé précontractuel et que, par suite, l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ;

- mais que, cependant, un tel manquement n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées par les textes a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction.

(voyez, sur ces deux points CE, 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon* n° 321217, aux Tables),

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait adressé deux courriers au mandataire du groupement Parietti-STPI-Pech'Alu, un premier, daté du 24 janvier 2023, et un second, plus détaillé, daté du 2 février 2023.

Il nous semble que, comme le soutient le pourvoi, les éléments contenus dans ces courriers étaient suffisants au regard des exigences attendues en procédure adaptée et de votre jurisprudence (voyez sur votre niveau d'exigence CE, 18 décembre 2012, *Métropole Nice Côte d'Azur*, n° 363342, inédite ; CE, 19 avril 2013, *Commune de Mandelieu-la-Napoule*, n° 365617, au Recueil). Le groupement évincé disposait en effet de suffisamment d'informations, en particulier le nom de l'attributaire du marché, le classement des deux offres, les notes qui lui avaient été attribuées et celles qu'avait reçues l'offre retenue, inférieure à la sienne pour le critère du prix mais supérieure pour le critère de la valeur technique, de sorte que les motifs de rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue se déduisaient à notre avis suffisamment des termes de cette notification, qui précisait en outre que l'offre retenue était la mieux-disante au regard des critères du marché.

En relevant que ni le rapport d'analyse des offres, ni les modalités d'application de la méthode de notation ne lui ont été communiqués, le JR TA a exigé à notre avis plus que ne le prévoient les textes et votre jurisprudence, *a fortiori* en procédure adaptée. Il a donc, pensons-nous, commis l'erreur de droit et la dénaturation que le pourvoi lui reproche.

Le second motif d'irrégularité retenu par le JR TA est que la communauté de communes aurait méconnu le principe de transparence des procédures en omettant de préciser les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres.

Vous savez, à ce propos, que « *Lorsque le pouvoir adjudicateur décide (...) de faire usage de sous-critères pondérés¹ ou hiérarchisés, il est tenu de porter à la connaissance des candidats*

¹ A noter que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de procéder à une pondération des critères dans le cadre d'une procédure adaptée : il doit seulement indiquer les conditions de leur mise en œuvre, avec au moins une hiérarchisation (CE Section, 30 janvier 2009, *ANPE*, n° 290236, A). L'obligation de pondération n'existe que

la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères lorsque, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection, et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection » (nous citons là CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal de Mons*, n° 337377, au Recueil). Au contraire, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres² et reste libre de définir cette méthode comme il l'entend, sous réserve de respecter certaines limites³.

Ajoutons que la distinction entre critères de sélection et éléments de la méthode de notation, qui n'est pas toujours aisée à établir, fait l'objet d'un contrôle de qualification juridique des faits en cassation (CE, 25 mars 2013, *SAS Cophignon et Office public de l'habitat des Ardennes-Habitat 08*, n° 364951, 364963, aux Tables).

Au cas d'espèce, selon le règlement de la consultation, le critère de la valeur technique, pondéré à hauteur de 60 % était apprécié au regard de 11 sous-critères, les candidats étant informés de la pondération de chacun de ces sous-critères. Mais, le JRTA a estimé qu'auraient dû également être portés à la connaissance des candidats les barèmes de notation utilisés par la communauté de communes pour évaluer trois de ces sous-critères : le sous-critère 1 « organisation du chantier », noté sur 10 points ; le sous-critère 6 « fiches techniques », noté sur 5 points ; et le sous-critère 8 « planning » noté sur 10 points. Nous pensons qu'il a, ce faisant, inexactement qualifié les faits de l'espèce : les items de ces barèmes de notations ne constituaient pas des sous-sous-critères occultes mais seulement des éléments d'appréciation de ces trois sous-critères, relevant de la méthode de notation des offres. Il ne faudrait en effet pas voir des sous-sous-critères à chaque fois qu'une commission d'appel d'offres s'est donnée des directives d'appréciation chiffrées des sous-critères. En présence de sous-critères suffisamment détaillés, comme en l'espèce, l'information des candidats est en général suffisante et il faut vraiment qu'apparaisse dans le barème de notation une caractéristique très particulière de l'offre et très valorisée pour qu'il y ait irrégularité. Or tel n'était pas le cas en l'espèce. Pour chacun des trois sous-critères en cause, les items du barème de notation ne visaient pas à isoler une caractéristique de l'offre distincte du sous-critère lui-même et, par ailleurs, aucun de ces items n'avait une pondération suffisamment différente des autres pour en faire un sous-sous-critère individualisable.

pour les marchés à procédure formalisée.

² CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279, aux Tables ; CE, 2 août 2011, *Syndicat mixte de la vallée de l'Orge aval*, n° 348711, aux Tables

³ Les méthodes de notation étant entachées d'irrégularité si elles sont de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération (voyez votre décision du 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373 362, au Recueil et, pour une déclinaison aux éléments d'appréciation pris en compte pour noter les critères CE, 20 novembre 2020, *Société Evancia*, n° 427 761, aux Tables)

Si vous nous suivez, vous retiendrez donc les deux moyens que nous vous avons exposés et vous annulerez l'ordonnance attaquée, sans qu'il vous soit besoin d'examiner les deux autres moyens du pourvoi.

Vous pourrez ensuite régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la STPI.

Pour les raisons que nous vous avons déjà exposées au stade de la cassation, vous écarterez le moyen tiré de l'irrégularité de l'information de la STPI sur les motifs du rejet de son offre ainsi que les moyens tirés de la méconnaissance du principe de transparence des procédures et de l'irrégularité de la méthode de notation retenue.

Vous écarterez également le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité de traitement des candidats : contrairement à ce que soutient la STPI, qui se borne à produire un article de presse qui ne mentionne pas le nom de la société attributaire mais celui d'une autre société, il ne résulte aucunement de l'instruction que la communauté de communes aurait désigné la société attributaire avant même l'analyse des offres des candidats.

Par ailleurs, vous savez que s'il n'appartient pas au juge du référé précontractuel 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, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre (CE, 20 janvier 2016, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, n° 394133, aux Tables). Mais en l'espèce, et contrairement à ce qu'allègue la STPI, nous ne pensons pas que la communauté de communes aurait dénaturé le contenu de l'offre du groupement dont elle était membre.

Enfin, le marché en litige a été passé selon la procédure adaptée et non selon une procédure formalisée, et, dès lors, le conseil communautaire de la communauté de communes n'était pas tenu de réunir une commission d'appel d'offres en application de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales et pouvait bien choisir lui-même la société attributaire, comme il l'a fait lors de sa séance du 16 décembre 2022. Par suite, la STPI ne peut utilement soutenir que des irrégularités entacheraient la désignation, la convocation et l'information des membres de la commission d'appel d'offres, qui n'a justement pas été réunie. De plus, et contrairement à ce que soutient la STPI, le conseil communautaire a bien habilité son président à conclure le marché par sa délibération du 16 décembre 2022.

Au total, vous pourrez donc rejeter la demande de la STPI

PCMNC :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet de la demande de la société de travaux publics et industriels présentée devant le juge des référés du tribunal administratif de Besançon et de ses conclusions présentées devant le Conseil d'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

- à ce que vous mettiez à la charge de la société de travaux publics et industriels une somme de 4 000 euros à verser à la communauté de communes de Rahin et Chérimont au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.