

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 20 juin 2022, la commune de Strasbourg a engagé une procédure avec négociation en vue de la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre ayant pour objet la restauration de l'église protestante Saint-Pierre-le-Jeune. Le 2 février 2023, la commission d'appels d'offres a attribué le marché à un groupement conjoint dont la société 1090 architectes est le mandataire.

M. C..., dont l'offre avait été rejetée, a alors saisi le juge du référé précontractuel du TA de Strasbourg lequel, par une ordonnance du 9 mai 2023, a annulé dans sa totalité la procédure ainsi que la décision d'attribution du marché. C'est contre cette ordonnance que la commune de Strasbourg se pourvoit en cassation.

Nous pensons que le premier moyen de son pourvoi est fondé.

Sont en cause les règles qui figuraient auparavant à l'article 55 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (n° 2016-360) et à l'article 46 du code des marchés publics, lesquelles ont désormais été reprises, quasiment sans changement, aux articles L. 2141-2, R. 2143-7, R. 2143-8, R. 2144-4 et R. 2144-7 du code de la commande publique. Comme vous l'avez énoncé dans votre décision *Association Optima* du 27 mars 2015 (n°386682, inédite), il résulte de ces dispositions, en substance, que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché est tenu de produire des documents attestant notamment qu'il est à jour de ses obligations fiscales et sociales avant la signature du marché.

Vous avez jugé que le défaut de transmission de ces documents peut être utilement invoqué devant le juge des référés précontractuels, puisqu'un marché signé avec un candidat qui ne les aurait pas produits et qui donc ne pourrait être légalement retenu, méconnaîtrait l'égalité entre les candidats (CE, 30 juin 2014, *Sté Eiffage construction Pays de la Loire*, n° 376504, inédite). Mais, en revanche, la date de transmission, ainsi que ses modalités, sont sans incidence sur la régularité de la procédure, pour autant que la transmission intervienne avant la signature du contrat, ainsi que vous l'exposait Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision *Optima* précitée. Et, dans le prolongement de cette décision, vous avez d'ailleurs

admis que les preuves établissant qu'un candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner pouvaient être remises postérieurement à la notification de l'attribution du contrat (CE, 25 janvier 2019, *Société Dauphin Télécom*, n° 421844, aux Tables).

Cette ligne jurisprudentielle nous semble valoir même quand le règlement de consultation prévoit un délai de transmission de ces documents. Ainsi, dans le précédent *Optima*, alors que le règlement de consultation prévoyait un délai, votre décision n'en fait aucune mention pour valider la régularité de la procédure, se contentant de relever que les documents ont été transmis avant la signature. Et cette souplesse nous semble d'ailleurs logique au regard de votre jurisprudence en matière de règlement de la consultation. En effet, si vous rappelez avec constance que le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions (CE, 23 novembre 2005, *Société Axialogic*, n° 267494, T. p. 966), vous admettez néanmoins que ce principe cède lorsque l'irrégularité au regard de ce règlement est à la fois formelle et dénuée de toute portée (CE, 8 mars 1996, *Pelte*, n° 133198, inédit ; CE, 6 novembre 1998, *APHM*, n° 194960, T. p. 1019). Plus largement, vous le savez, vous acceptez que l'entité adjudicatrice puisse s'affranchir des exigences du règlement de la consultation quand la fourniture des éléments demandés ne présente pas d'utilité pour l'examen des candidatures ou des offres (CE, 22 décembre 2008, *Ville de Marseille*, n° 314244, T. p. 808 ; CE, 20 septembre 2019, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 421075, T. p. 822).

Dans la présente affaire, il nous semble donc que le JRTA a été d'une rigueur excessive en annulant la procédure au motif que la remise des attestations fiscales et sociales par le groupement retenu n'était pas intervenue dans le délai prévu par l'article 8.2 du règlement de consultation, et ce nonobstant la circonstance que ces attestations avaient été effectivement transmises. Le raisonnement du JRTA nous semble d'ailleurs d'autant plus contestable que ces attestations devaient en l'espèce être remises dès le stade de la candidature, en application de l'article R. 2144-5 du code de la commande publique, compte tenu de ce que le règlement de consultation prévoyait, à l'issue d'une « phase de candidature », une sélection des candidats admis à poursuivre la procédure et à participer à une « phase d'offre ». L'article 8.2 du règlement de la consultation devait donc nécessairement être lu comme prévoyant seulement une mise à jour, au stade de la présentation de l'offre, des attestations déjà envoyées auparavant. Et d'ailleurs, au cas d'espèce, le groupement retenu avait bien produit une première fois ses attestations en amont, au stade de sa candidature, avant de les produire à nouveau, réactualisées, après avoir été retenu. La seule circonstance que le délai de 6 jours prévu par l'article 8.2 du règlement de consultation pour cette seconde transmission n'aurait pas été respecté nous semble par conséquent dénuée d'incidence sur la régularité de la procédure, l'exigence posée par cet article du règlement étant purement formelle. Dès lors, en jugeant que M. C... était fondé à soutenir que cette circonstance constituait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de l'avoir lésé, le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg a commis une erreur de droit, que nous vous invitons à censurer.

Vous n'aurez, dès lors, pas besoin d'examiner le second moyen du pourvoi, lequel nous semble au demeurant fondé lui aussi : comme vous le savez, le juge du référé précontractuel

ne peut prononcer une annulation plus importante que celle qu'implique le manquement qu'il retient (CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n° 343324, aux Tables sur un autre point ; CE, 30 septembre 2011, *Département de la Savoie et société GTS*, n° 350153, 350992, aux Tables sur un autre point) et, en l'espèce, au regard du manquement qu'il avait retenu, le JRTA n'aurait pas dû annuler l'intégralité de la procédure.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, vous écarterez bien sûr le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8.2 du règlement de consultation, que le motif de cassation condamne. Vous écarterez aussi, comme l'avait fait le JRTA, tous les autres moyens.

En premier lieu, le requérant critique la régularité de la méthode de notation utilisée par la commune sur le critère du prix. Vous savez, à cet égard, que la méthode de notation des offres ne peut être utilement contestée devant le juge du référé précontractuel qu'en cas d'erreur de droit ou de discrimination illégale et que la méthode de notation du critère du prix doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas (CE, 29 octobre 2013, *Val d'Oise Habitat*, n°370789, T. p. 703). En l'espèce, l'article 8.1 du règlement de la consultation du marché prévoit un critère de la valeur technique, pondéré à hauteur de 60 points, et un critère du prix des prestations, pondéré à hauteur de 40 points. Ce critère du prix se subdivise lui-même en trois sous-critères : le montant global des honoraires, pondéré à hauteur de 20 points, la répartition des honoraires par intervenant et la répartition des honoraires par mission, pondérées à hauteur de 10 points chacune. Le requérant soutient que la répartition des honoraires par intervenant et par mission ne saurait être prise en compte pour apprécier la valeur des offres au regard du critère du prix, dès lors qu'elle conduirait à neutraliser ce critère en permettant que la meilleure note soit attribuée à une offre ne proposant pas le prix le plus bas. Mais ce moyen manque sa cible dans la mesure où le « critère du prix », entre guillemets, au sens où l'entend le requérant, est en réalité, en l'espèce, le sous-critère du montant global des honoraires. Or ce sous-critère est distinct des deux autres sous-critères que sont la répartition des honoraires par intervenant et la répartition des honoraires par mission. Et ces deux autres sous-critères ne sont donc, par définition, pas pris en compte pour noter les offres au regard de leur montant global.

En deuxième lieu, M. C... soutient « *que les attentes concernant le sous-critère 2.2 ne sont pas clairement explicitées dans le règlement de la consultation présenté par la ville de Strasbourg* » et que l'égalité de traitement des candidats n'a pas été respectée au regard de la note obtenue par l'attributaire sur ce sous-critère 2.2. Mais ce moyen n'est pas assorti des précisions permettant d'en apprécier le bienfondé. Quant à l'argument selon lequel la commune aurait dû lui adresser des demandes d'éclaircissements quant à la teneur de son offre au regard de ce sous-critère, il n'est guère plus étayé et, au demeurant, vous savez que le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu d'inviter les candidats à préciser ou compléter, préalablement aux opérations de notation, la teneur d'offres incomplètes ou comportant des contradictions ou ambiguïtés (CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706, T. p. 858 sur un autre point).

Le requérant soutient, en troisième lieu, qu'aucune négociation n'a eu lieu sur le montant global des honoraires, ce qui ne lui a pas permis d'ajuster sa proposition de prix. Mais la commune de Strasbourg n'était en aucun cas tenue d'engager un processus de négociation, ayant expressément indiqué dans l'article 8.2 du règlement de la consultation, ainsi que l'article R. 2161-17 du code de la commande publique le lui permettait, qu'elle se réservait la possibilité d'attribuer le contrat sur la base des offres initiales sans négociation. Et, dès lors que la commune n'a engagé de négociation avec aucun des candidats ayant déposé une offre, nous ne voyons pas en quoi le requérant aurait été lésé.

Enfin, en quatrième et dernier lieu, M. C... soutient que la note obtenue sur le sous-critère 1.1 de la valeur technique, relatif à la « *Compréhension du programme et/ou des intentions de la maîtrise d'ouvrage, méthodologie proposée pour optimiser les délais d'études et de réalisation* », est injustifiée. Mais, comme vous le savez, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, des obligations de publicité et de mise en concurrence, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Ce juge doit seulement, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes (CE, 20 janvier 2016, *Communauté intercommunale des villes solidaires*, n° 394133, aux Tables). Mais il n'y a rien eu de tel en l'espèce et le moyen ne peut donc, lui aussi, qu'être écarté.

PCMNC :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet de la demande présentée par M. C... devant le juge des référés du tribunal administratif de Strasbourg et au rejet de ses conclusions présentées devant vous au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- à ce que M. C... verse à la commune de Strasbourg une somme de 3 500 euros au titre du même article.