

7^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 9 novembre 2023
Lecture du 24 novembre 2023

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

1. Le 22 mai 2023, la communauté d'agglomération Morlaix Communauté, qui avait lancé une consultation, en appel d'offres ouvert, pour l'attribution d'un accord-cadre à bons de commande portant sur les prestations de location, enlèvement, transport et vidage de caissons de déchetterie, a informé la société Guyot Environnement que son offre n'était pas retenue et que le marché serait conclu avec la société Les Recycleurs Bretons.

La société Guyot a alors formé un référé précontractuel devant le tribunal administratif de Rennes dont le juge des référés a, par une ordonnance du 10 juillet 2023, annulé cette procédure de passation ainsi que les décisions de rejet de l'offre et d'attribution du marché à la société Les Recycleurs Bretons.

La communauté d'agglomération Morlaix Communauté se pourvoit en cassation contre cette ordonnance et nous pensons que vous devriez accueillir son pourvoi dont deux des trois moyens nous paraissent fondés.

2. Tel serait d'abord le cas du moyen d'erreur de droit à avoir annulé la procédure de passation dans son intégralité alors même que le manquement relevé se rapportait à la seule phase d'examen des offres par le pouvoir adjudicateur.

Vous jugez en effet de manière constante que tel est là l'office du juge du référé précontractuel en semblables circonstances (voir notamment 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, aux Tables sur un autre point).

Or, en l'espèce, le JRTA a jugé que la requérante était tenue, faute pour la société Les Recycleurs Bretons d'avoir régularisé son offre, d'écarter l'offre de cette dernière comme irrégulière. Il appartenait donc au JRTA de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen des offres.

3. Vous n'aurez toutefois pas besoin de vous prononcer expressément sur ce point – qui ne conduirait qu'à une cassation partielle – si vous nous suivez pour accueillir la seconde branche du deuxième moyen du pourvoi, qui est tirée de ce que le JRTA a dénaturé les faits de l'espèce en retenant que le pouvoir adjudicateur avait rectifié de lui-même l'erreur de la société Les Recycleurs Bretons quant au taux de TVA applicable.

Comme l'a relevé le juge des référés en citant le rapport d'analyse des offres établi par le pouvoir adjudicateur, l'entreprise Les Recycleurs bretons avait retenu dans son détail quantitatif estimatif (DQE) initial un taux de TVA de 10%, alors que le taux applicable en l'espèce¹ était de 5,5%. De fait, c'est bien ce dernier taux – qui, au demeurant, ne change par définition rien au prix « hors taxes » – qu'a retenu la communauté d'agglomération pour évaluer l'offre de la société attributaire.

Mais, contrairement à ce que retient l'ordonnance, ce n'est pas « d'office et de lui-même » que l'acheteur public a procédé à cette rectification mais bien parce qu'il avait interrogé la candidate sur ce point et obtenu son accord, ainsi que cela ressortait expressément de l'intitulé du rapport analytique, qui portait la mention « analyse des offres après demande de précisions », et comme cela était corroboré sur le même document par l'observation rappelant que la candidate avait d'abord

¹ C'est ce qui résulte de l'article 278-0 bis du code des impôts, tel que modifié par l'article 190 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 : « La taxe sur la valeur ajoutée est perçue au taux réduit de 5,5% en ce qui concerne : / M. – Les prestations de collecte séparée, de collecte en déchetterie, de tri et de valorisation matière des déchets des ménages et des autres déchets que les collectivités mentionnées à l'article L. 2224-13 du code général des collectivités territoriales peuvent, eu égard à leurs caractéristiques et aux quantités produites, collecter et traiter sans sujétions techniques particulières, ainsi que les prestations de services qui concourent au bon déroulement de ces opérations ».

indiqué un taux de TVA à 10%.

L'ordonnance est donc entachée de dénaturation des faits et vous ne pourrez donc que **l'annuler dans son intégralité**.

4. Dans cette logique, nous vous invitons à régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée.

4.1. Dans ce cadre, vous pourrez d'abord écarter le moyen tiré de ce que le pouvoir adjudicateur a irrégulièrement rectifié d'office l'offre de la société attributaire en lui appliquant le taux de taxe sur la valeur ajoutée légalement applicable. La communauté d'agglomération produit d'ailleurs formellement devant vous les échanges de courriels en ce sens avec la candidate, tels qu'ils figurent sur la plateforme d'échanges électroniques dédiée au marché.

4.2. En deuxième lieu, la société Guyot Environnement soutient que la communauté d'agglomération aurait méconnu l'obligation d'allotir prévue par l'article L. 2113-10 du code de la commande publique (CCP). Elle estime en particulier que les prestations de location des caissons auraient dû faire l'objet d'un lot distinct.

Ce moyen est opérant en référé précontractuel (CE 25 mai 2018, *OPH Hauts-de-Seine Habitat*, n° 417428, au Recueil). Vous exercez un contrôle normal sur ce point, tout en tenant compte de la marge d'appréciation reconnue au pouvoir adjudicateur² (CE 27 octobre 2011, *Département des Bouches du Rhône*, n° 350935, aux Tables).

Or, en l'espèce, la collectivité indique qu'elle est propriétaire des caissons de déchetterie et qu'elle n'est donc susceptible de demander au titulaire de fournir des caissons de remplacement que de manière ponctuelle en cas de pics d'activité. Elle ajoute que l'entreprise titulaire sera mieux à même d'évaluer les éventuels besoins de remplacement ou d'ajout de caissons lors des points d'activité, évitant ainsi une exécution du contrat techniquement difficile et plus coûteuse.

² Ce qui a conduit vos commentateurs autorisés à le qualifier, dans les faits, de contrôle « tempéré ou retenu » (AJDA, 2018.1440, chron. S. Roussel et C. Nicolas).

Ces motifs ne sont pas sérieusement contestés par la requérante et, à notre sens, ils justifient que l'allotissement du marché aurait pu être de nature à rendre techniquement plus difficile l'exécution des prestations prévues au contrat, au sens du 2° de l'article L. 213-11 CCP qui prévoient les exceptions au principe de l'allotissement.

Le moyen sera donc écarté.

4.3. Vous ne pourrez qu'en faire de même des moyens tirés respectivement de ce que la méthode de notation neutralisait la pondération des sous-critères « Méthodologie et organisation générale de la prestation » et « Moyens humains et matériels » et, d'autre part, de ce que la circonstance que la « Méthode de prise en compte et traçabilité des demandes » soit demandée à la fois au titre de ces deux sous-critères aurait méconnu les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces affirmations ne sont en effet étayées par aucun élément particulier de droit ou de fait.

4.4. La demande de référé soutenait enfin que le pouvoir adjudicateur avait manqué à son obligation d'information au regard des articles R. 2181-1 et R. 2181-4 du CCP, qui sont relatifs à la communication des motifs de rejet de l'offre.

Il apparaît toutefois que, même si cette communication s'est faite en deux fois, par deux courriers des 2 mai puis 5 juin 2023, l'ensemble des éléments requis a été transmis à la société Guyot. Or, vous jugez qu'aucun manquement n'est constitué si l'ensemble des informations a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement de l'article L. 551-1 du CJA, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle ce juge statue a été suffisant pour permettre au candidat de contester utilement son éviction (CE 6 mars 2009, *Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon*, n° 321217, T. p. 840).

Tel est bien le cas en l'espèce et vous pourrez donc écarter le dernier moyen.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet de la demande présentée par la société Guyot Environnement devant le juge des référés du tribunal administratif de Rennes ;
- à ce que cette société verse à la communauté d'agglomération Morlaix Communauté une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.