

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MONTPELLIER**

N° 1300701

Société Bouygues Energies et Services

M. Alfonsi
Juge des référés

Audience du 28 février 2013
Ordonnance du 1^{er} mars 2013

54-03-05
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Montpellier,

Le juge des référés

Vu la requête, enregistrée par télécopie le 14 février 2013 et régularisée le 18 février 2013 sous le n° 1300701, présentée pour la société Bouygues Energies et Services, dont le siège est sis Australia, 19 rue Stephenson, CS 20734, 78063 Saint-Quentin-en-Yvelines Cedex, par Me Benguigui, avocat ;

La société Bouygues Energies et Services demande au juge des référés précontractuels :

- 1°) Avant dire droit, d'enjoindre à la ville de Sète de produire le procès-verbal ou tout autre document relatif à l'analyse des candidatures et des offres et, notamment à la candidature et à l'offre du groupement pressenti, de la procédure qu'elle a lancée au mois de mai 2012 sous forme de dialogue compétitif en vue de l'attribution d'un contrat de partenariat ayant pour objet "la rénovation et la gestion du réseau d'éclairage public, de la signalisation lumineuse tricolore et d'équipements électriques urbains de la ville de Sète", à l'issue de laquelle le conseil municipal de la commune a retenu le groupement Citelum-Sogetralec ;
- 2°) d'annuler la procédure de passation du contrat en cause à compter de l'ouverture de la phase d'analyse des offres finales ;
- 3°) d'enjoindre à la commune de Sète, si elle entend poursuivre la procédure d'attribution de ce contrat, de reprendre celle-ci au stade de l'analyse des offres en respectant ses obligations de publicité et de transparence ;
- 4°) de condamner la commune de Sète à lui payer une somme de 5.000 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient :

- qu'à supposer que son offre finale ait été entachée de prétendues absences de devis, d'imprécisions et d'incohérences, la commune de Sète ne pouvait s'en prévaloir pour déclarer son offre irrégulière alors qu'aucune discussion à propos de ces éléments n'avait eu lieu au cours de la procédure de dialogue compétitif ;

- que le rejet de son offre pour des motifs fallacieux, alors que celle-ci ne comporte aucune irrégularité, n'avait pas d'autre objet que de permettre de retenir l'offre du groupement pressenti, qui avait déjà été désigné au cours d'une précédente procédure engagée en 2010, qui n'avait pu aboutir en raison d'irrégularités ;

- que, contrairement à ce qu'a retenu la commune, son offre comportait bien les précisions relatives à sa prestation pour la reconstruction des carrefours signalisation lumineuse tricolore demandés par le programme fonctionnel ainsi que leur chiffrage ;

- que son offre ne comportait aucune contradiction ni en ce qui concerne le nombre de luminaires, ni en ce qui concerne le nombre de supports ;

- qu'en ce qui concerne le nombre d'équipements de télégestion, la contradiction relevée a procédé d'une simple erreur de plume aisément identifiable et rectifiable, qui ne remettait nullement en cause son engagement portant sur 5.158 équipements correctement identifiés dans tous les documents ;

- que l'annexe 2, qui ne comporte aucun montant total mais seulement le détail des prix initiaux présentés dans la proposition prévisionnelle sommaire, ne peut être regardée comme incohérente au regard du devis de "mise en lumière" d'un montant de 1.649.912,42 euros ;

- que les irrégularités qui ont conduit la commune de Sète à écarter son offre l'ont lésée puisque, si son offre avait été analysée, elle aurait eu de fortes chances d'être déclarée attributaire du contrat dès lors que seuls deux candidats étaient en concurrence et que son offre était faite à un prix inférieur de 12,1 millions d'euros pour un nombre d'ouvrages reconstruits et réalisés plus important ;

Vu, enregistré le 25 février 2013, le mémoire en défense présenté pour la commune de Sète par la SCP d'avocats Scheuer, Vernhet et associés, qui conclut au rejet de la requête et à la condamnation de la société requérante à lui payer une somme de 3.500 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

La commune de Sète fait valoir :

- qu'il n'est pas possible de communiquer le rapport d'analyse des offres qui, tant que le contrat n'est pas signé, est un document préparatoire non communicable au sens de la loi du 17 juillet 1978 ;

- qu'un candidat dont l'offre a été écartée comme irrégulière ne peut prétendre avoir été lésé par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ;
- que l'offre de la société requérante, si elle comportait les éléments permettant d'apprécier la méthode mise en œuvre et le matériel proposé de manière globale, ne comportait pas de devis détaillé pour chaque carrefour contrairement à ce qui était exigé par le programme fonctionnel des besoins, ce qui imposait au candidat de remettre 22 devis correspondant aux 22 carrefours pris en compte dans la reconstruction ;
- que l'offre de la société requérante ne comportait pas l'annexe 2 ("programme fonctionnel des besoins") qui est un élément déterminant pour l'exécution du contrat ;
- que les informations fournies par la société requérante ne permettent pas de savoir exactement combien de luminaires devaient être remplacés dans son offre finale ;
- que l'offre finale de cette société, qui ne précisait pas comme elle le soutient qu'elle se référerait aux prix contenus dans son offre prévisionnelle sommaire, présentait une différence de prix de mise en lumière de 654.088 euros entre deux des documents qu'elle avait fournis ;
- qu'il est difficile de suivre la société requérante lorsqu'elle affirme que la discordance concernant le nombre d'équipements de télégestion provient d'une simple erreur de plume, tant la différence est importante entre le chiffre de 5.158 (2.579 + 2.579) figurant dans le document "présentation générale" et celui de 3.869 qui aurait dû résulter de l'addition présentée dans le document T3 "objectifs de performance" (2.579 + 1.290) ;
- que l'offre de la société requérante fait apparaître une autre contradiction concernant le nombre de réseaux souterrains repris puisque la note de présentation générale prévoit 108 km de réseaux souterrains répartis à raison de 75 en génie civil et 33 "sous fourreaux", alors que les renseignements portés dans le tableau G4 du cadre de réponse technique mentionne 75.000 pour le "nombre de linéaire de réseau souterrain sous gaine existante" et 33.000 pour le "nombre de linéaire de réseau souterrain en tranchée" ;
- qu'aucune disposition n'impose au pouvoir adjudicateur d'inviter un candidat à régulariser une offre en la mettant en conformité avec les exigences de la consultation ; qu'au demeurant, elle a attiré l'attention du candidat sur la nécessité de répondre à l'intégralité des besoins exprimés dans le programme fonctionnel des besoins au cours du dialogue compétitif ; que la phase de clarification, prévue à l'article L.1414-7 du code général des collectivités territoriales, qui ne constitue qu'une simple faculté, ne doit pas avoir pour effet de rompre l'égalité entre les candidats en permettant à l'un d'entre eux de rendre conforme une offre qui ne l'est pas ;
- qu'en égard à la pondération des critères mis en œuvre, la société requérante ne peut soutenir que le prix auquel elle proposait son offre lui aurait permis d'obtenir le contrat ;

Vu, enregistré le 27 février 2013, le mémoire présenté pour la société Bouygues Energies et Services, qui persiste, par les mêmes moyens, dans ses précédentes conclusions ;

Elle soutient, en outre :

- que la commune de Sète n'a pas fait droit à ses demandes de communication des documents d'analyse des offres et de la délibération du 20 janvier 2013 approuvant le choix de l'attributaire alors que ces documents sont communicables et que les candidats évincés doivent pouvoir obtenir les informations leur permettant de contester utilement le rejet de leur offre ;
- que le contenu des offres finales devait, aux termes de l'article 6.2 du règlement de la consultation, être déterminé par la lettre d'invitation, qui ne précisait la production des devis dont l'absence lui a été reprochée ; qu'elle a en l'espèce fourni, dans son offre finale, tous les éléments demandés dans la lettre d'invitation ;
- que le mémoire technique (mémoire SLT) et les lignes G3 et G4 relatives aux travaux d'investissement du cadre de réponse technique précisait bien le nombre de contrôleurs, supports, armoires, potences, etc. remplacés ; que dès lors qu'elle s'engageait à assurer la reconstruction de tous les carrefours, il importait peu que ces carrefours soient tous différents ;
- que le caractère fallacieux du motif invoqué est d'autant plus flagrant que la prestation de SLT ne peut être considérée comme substantielle au regard de l'objet du contrat puisqu'elle porte sur des prestations d'un coût global de 771.475 euros alors que le total du poste d'investissement est d'un montant de plus de 28 millions d'euros ;
- que l'absence de remise du PFB dans l'offre finale ne saurait être qualifiée de substantielle puisque ce document, qui n'avait pas à être complété par les candidats, était expressément visé à l'annexe 2 des pièces techniques de l'offre et accepté par elle ;
- qu'elle pouvait légitimement penser que les devis visés dans le PFB, qui n'étaient pas repris dans la lettre d'invitation, n'avaient pas être joints à l'offre finale ;
- que les imprécisions et discordances contenues dans les documents fournis aux candidats ont été de nature à les induire en erreur quant au formalisme que devait revêtir leur offre finale ;
- que les prétendues incohérences relevées en ce qui concerne le nombre de luminaires viennent de la non prise en compte par la commune des "luminaires privés" qui n'avaient pas été expressément inclus dans les chiffres de lignes G3 et G4, alors que la ligne G1 précisait que les "luminaires privés" y étaient pris en compte ;
- qu'en comparant les 8.542 luminaires inscrits au poste G1 et les 7.839 luminaires inscrits aux postes G3 et G4, la ville entretient une confusion en omettant de préciser que certains luminaires seront déposés mais que tous ne seront pas nécessairement remplacés, puisqu'un luminaire nouveau peut générer un meilleur éclairage que plusieurs luminaires anciens ; qu'elle compare en outre des prestations non identiques en comparant l'investissement (postes G3 et G4), l'existant en début de contrat (poste G1) et la maintenance/fonctionnement (postes G1 et G2) ;
- que les prétendues incohérences relevées par la commune ne l'empêchaient pas de comparer son offre à celle de l'entreprise concurrente, qui ne proposait un taux de remplacement des luminaires de 68,39% seulement alors qu'elle-même proposait un taux de 100% ;

- qu'une erreur purement matérielle comme celle commise le chiffre de 1.290 porté en page 9 du mémoire technique, qui pouvait être aisément décelée et rectifiée, ne permettait pas de considérer que son offre était irrégulière ;

- qu'en ce qui concerne les imprécisions et incohérences relatives aux nombre de réseaux souterrains repris, qui est un grief nouveau soulevé en cours d'instance, la mauvaise foi de la commune est patente puisque la prétendue contradiction relevée vient du changement d'unité, le chiffre étant exprimés en km ou en mètres ;

Vu, enregistré le 28 février 2013, le mémoire présenté pour la Communauté d'agglomération Béziers Méditerranée, qui persiste, par les mêmes moyens, dans ses précédentes écritures ;

Vu, enregistrée par télécopie le 1^{er} mars 2013 à 9H58, la note en délibéré présentée pour la société Bouygues Energies et Services ;

Vu, enregistrée par télécopie le 1^{er} mars 2013 à 12H02, la note en délibéré présentée pour la commune de Sète ;

Vu la décision du 3 janvier 2013 par laquelle le président du tribunal a désigné M. Alfonsi, vice-président, comme juge des référés ;

Vu les pièces jointes à la requête ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement convoquées à l'audience ;

Après avoir présenté son rapport à l'audience publique du 28 février 2013 et entendu :

- les observations de Me Benguigui pour la société Bouygues Energies et Services ;

- les observations de Me Rigeade pour la commune de Sète qui, au cours de l'audience, a fait connaître qu'elle ne retenait plus, parmi les irrégularités reprochées à l'offre de la société requérante, celui fondé sur les contradictions relevées en ce qui concerne le nombre de supports ;

- et les observations de Me Schmitt pour le groupement Citelum-Sogetralec ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article L.551-1 du code de justice administrative : *"Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public. // Le juge est saisi avant la conclusion du contrat."* ;

2. Considérant que la société Bouygues Energies et Services, venant aux droits de la société ETDE, demande l'annulation de la procédure lancée par la commune de Sète au mois de mai 2012 sous forme de dialogue compétitif en vue de l'attribution d'un contrat de partenariat ayant pour objet "la rénovation et la gestion du réseau d'éclairage public, de la signalisation lumineuse tricolore et d'équipements électriques urbains de la ville de Sète", à l'issue de laquelle le conseil municipal de Sète a, par délibération du 29 janvier 2013, écarté l'offre finale de la société ETDE comme irrégulière et retenu le groupement Citelum-Sogetralec ;

3. Considérant que pour écarter comme irrégulière l'offre finale de la société ETDE à l'issue du dialogue compétitif à toutes les phases duquel cette société avait été admise à participer, le conseil municipal de Sète s'est fondé sur les motifs tirés, d'une part, de ce que cette offre était incomplète pour ne pas comporter les devis de reconstruction des "carrefours signalisation lumineuse tricolore" demandés par le programme fonctionnel des besoins "au demeurant non remis dans l'offre finale", d'autre part, sur des contradictions et incohérences relevées dans l'offre finale de cette société portant, en particulier, sur une contradiction entre les nombres annoncés de luminaires et de supports dans la note de présentation générale, le mémoire technique et le document cadre de réponse, et une contradiction concernant le nombre d'équipements de télégestion de points lumineux relevée dans la pièce "mémoire technique T31" dans laquelle figure l'addition de 2.579 points en G4 et de 1.290 points en G3 pour un total annoncé de 5.138 points et, enfin, sur une différence entre le prix annoncé pour le devis de "mise en lumière" dans le mémoire technique et celui figurant à l'annexe 2 ;

4. Considérant que la lettre d'invitation à remettre les offres finales adressée aux candidats par la ville de Sète le 13 novembre 2012 qui, aux termes de l'article 6.2 du règlement de la consultation, devait en déterminer le contenu, n'exigeait pas la remise de devis détaillés pour les travaux se rapportant aux carrefours à signalisation lumineuse tricolore dont la reconstruction était prévue ; qu'ainsi, et en l'absence, en outre, d'explication convaincante de la part de la commune de Sète quant à la nécessité de disposer de tels devis élaborés par un candidat qui proposait une offre par laquelle il s'engageait expressément à reconstruire l'ensemble des carrefours prévus selon les normes en vigueur en précisant le coût moyen de cette reconstruction pour chacun d'eux, l'omission, par la société ETDE, de la production de tels devis pour accompagner son offre finale ne peut être réputée constituer une irrégularité substantielle ;

5. Considérant que l'abstention de la société ETDE à produire, pour accompagner son offre finale, le document élaboré par la commune de Sète intitulé "programme fonctionnel des besoins", auquel elle se référait de façon explicite en s'engageant expressément à en respecter toutes les dispositions, ne peut être regardée comme ayant constitué une irrégularité substantielle alors, au demeurant, que la lettre d'invitation à remettre les offres finales ne faisait pas figurer ce document parmi les pièces à remettre avec l'offre des candidats ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction et des explications recueillies au cours de l'audience publique que la contradiction relevée par la commune de Sète en ce qui concerne le nombre de luminaires figurant dans le tableau 4 T 3.1.4 intitulé "récapitulatif du renouvellement/reconstruction en fin de contrat" de l'offre de la société ETDE a procédé de ce que la commune a ajouté de manière erronée les 188 "luminaires privés" figurant à la dernière ligne de ce tableau au nombre total de 8.542 luminaires ("projecteurs", "fonctionnels", "résidentiels", "autres") figurant sur les autres lignes, qui les incluaient déjà ; que cette erreur commise par la commune, peut-être explicable par une présentation insuffisamment précise du tableau en cause, pouvait être aisément évitée en se reportant aux autres documents annexés à l'offre finale qui reprenaient sans ambiguïté les chiffres exacts et ne peut, par suite, être regardée comme ayant été la conséquence d'une irrégularité substantielle de l'offre ;

7. Considérant que la commune de Sète a admis, au cours de l'audience publique, qu'elle n'entendait plus se prévaloir de l'irrégularité reprochée à l'offre de la société ETDE en ce qui concerne le nombre de supports ;

8. Considérant qu'il ne peut être sérieusement contesté que l'erreur concernant le nombre d'équipements de télégestion de points lumineux figurant dans la pièce "mémoire technique T31 (objectifs de performance)" a procédé d'une simple erreur de retranscription de l'un des termes de l'addition figurant dans ce tableau à la ligne correspondant au nombre de ces équipements devant être remplacés, aisément décelable par comparaison avec les chiffres reportés dans le document de présentation générale ;

9. Considérant, enfin, que la contradiction relevée entre les prix concernant le devis de "mise en lumière" présenté dans le mémoire technique et celui de même objet figurant à l'annexe 2 correspond, en réalité, à la différence, d'un montant de 654.088 euros, entre les prix proposés pour cette prestation lors du dépôt de l'offre prévisionnelle sommaire et ceux figurant dans l'offre finale ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que les erreurs, manquements et omissions relevés ci-dessus ne pouvaient, pris isolément ou ensemble, être regardés comme entachant l'offre finale présentée par la société ETDE d'une irrégularité substantielle, seule de nature à permettre à la commune de Sète de l'écarter comme irrégulière ; qu'ainsi, en écartant d'emblée, pour les seuls motifs sus analysés, l'offre finale présentée par la société ETDE qui demeurerait, à l'issue du dialogue compétitif, la seule entreprise en concurrence avec le candidat pressenti, sans même envisager de faire usage de la possibilité de lui demander des précisions ou des éclaircissements comme le permettent les dispositions de l'article L.1414-7 du code général des collectivités territoriales et comme elle s'en était, d'ailleurs, expressément réservé la faculté par l'article 4.5 du règlement de la consultation, la commune de Sète a méconnu les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures rappelés par l'article L.1414-3 du code général des collectivités territoriales ;

11. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Bouygues Energies et Services, dont il ne peut être contesté qu'elle a été lésée par les manquements susmentionnés de la commune de Sète, est fondée à demander l'annulation de la procédure de dialogue compétitif engagée par cette commune en vue de la conclusion du contrat de partenariat mentionné au point 2 ci-dessus ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

12. Considérant que la présente ordonnance implique nécessairement que la commune de Sète, si elle estime opportun de poursuivre la procédure d'attribution du contrat de partenariat en cause, reprenne cette procédure au stade de l'analyse des offres en se conformant aux motifs exposés ci-dessus ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative :

13. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de condamner la commune de Sète à payer à la société Bouygues Energies et Services une somme de 1.200 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative ;

14. Considérant, en revanche, que ces mêmes dispositions font obstacle à ce que la société Bouygues Energies et Services, qui n'est pas partie perdante, soit condamnée à rembourser à la commune de Sète les frais non compris dans les dépens qu'elle a exposés à l'occasion de la présente instance ;

ORDONNE

Article 1^{er} : La procédure lancée par la commune de Sète au mois de mai 2012 sous forme de dialogue compétitif en vue de l'attribution d'un contrat de partenariat ayant pour objet "la rénovation et la gestion du réseau d'éclairage public, de la signalisation lumineuse tricolore et d'équipements électriques urbains de la ville de Sète" est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la commune de Sète, si elle estime opportun de poursuivre la procédure d'attribution du contrat de partenariat mentionné à l'article 1^{er} ci-dessus, de reprendre cette procédure au stade de l'analyse des offres en se conformant aux motifs de la présente ordonnance.

Article 3 : La commune de Sète paiera à la société Bouygues Energies et Services une somme de 1.200 euros au titre de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions de la commune de Sète tendant à l'application de l'article L.761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Bouygues Energies et Services, à la commune de Sète et au groupement Citelum-Sogetralec.

Fait à Montpellier, le 1^{er} mars 2013.

Le juge des référés,

Le greffier,

SIGNE

J.-F. ALFONSI

M. A. BARTHELEMY

La République mande et ordonne au préfet de l'Hérault en ce qui le concerne et à tous les huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
Montpellier, le 1^{er} mars 2013.

Le greffier

M. A. BARTHELEMY