

E-RJCP - mise en ligne le 24 juin 2014

**Thèmes :**

- Recours de type « Tropic » (CE, assemblée, n° 291545, 16 juillet 2007, *Sté TROPIC travaux signalisation*).
- Pouvoir adjudicateur pouvant tenir compte de la fonctionnalité, de la sécurité et de la pérennité de l'installation au titre du critère de la valeur technique des offres prévu par le règlement du marché.
- Eventuelle absence d'une étude des sols annoncée dans le cahier des clauses techniques particulières n'ayant pas empêché la société requérante de présenter une offre adaptée et de faire des choix techniques propres qui n'ont pas été conditionnés par la nature du sol.
- Principe d'égalité de traitement ne pouvant empêcher un maître d'ouvrage, lors des négociations prévues dans la procédure adaptée (en l'espèce, art. 28 du Code des marchés publics), de demander à l'un des candidats de modifier, d'améliorer ou d'intégrer un dispositif technique si celui-ci n'est pas protégé par le secret industriel détenu par une autre société candidate, et dans le respect de l'égalité des candidats.

**Résumé :**

1. Indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout **concurrent évincé** de la conclusion d'un **contrat administratif** est recevable à former devant ce même juge **un recours de pleine juridiction contestant la validité** de ce contrat ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ;

Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.

A partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est en revanche plus recevable à demander

l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

2. Le pouvoir adjudicateur a attribué un marché de travaux d'aménagement d'une unité de traitement d'eau de captage par construction d'une unité de traitement sur charbon actif en grain, suivant la **procédure adaptée** prévue par l'**article 28 du code des marchés publics**.

3. Au cours de la procédure de passation du marché, le pouvoir adjudicateur avait demandé à la société requérante non retenue, par courriel de préciser si elle pouvait présenter son offre dans un seul bâtiment, dans un souci technique, de fonctionnalité et de sécurité.

La société requérante n'avait pas souhaité modifier son offre.

Le pouvoir adjudicateur avait alors estimé que, dans ces conditions, l'éclatement des bâtiments dans l'offre présentée par cette société ne permettait pas une mise en alarme unique et que l'exploitation serait rendue plus difficile du fait de la séparation des quatre filtres avec un espace séparé d'accès pour chacun sans facilité de surveillance. Il a aussi exprimé des doutes sur la longévité des filtres proposés en béton armé.

Ainsi, pour le **critère de la valeur technique** des offres prévu par le règlement du marché, le pouvoir adjudicateur **n'a tenu compte que de la fonctionnalité, de la sécurité et de la pérennité de l'installation** projetée et non pas un critère non prévu au règlement du marché de qualité architecturale ou esthétique, comme le soutient à tort la société requérante.

4. La société requérante soutient qu'elle n'a pas **obtenu l'étude des sols annoncée** dans le cahier des clauses techniques particulières et qu'elle a réclamé.

A supposer que le pouvoir adjudicateur n'ait pas répondu à cette demande, cette éventuelle absence n'avait pas empêché la société requérante de présenter une offre adaptée. En particulier, il résulte de l'instruction que le choix de la société requérante de présenter un projet éclaté en plusieurs ouvrages résultait d'un **choix propre de la société** et n'a **pas été conditionné par la nature du sol**.

5. La société requérante soutient qu'à la suite de l'examen de son offre, le pouvoir adjudicateur a demandé au concurrent, dont l'offre sera ensuite retenue, de prévoir la présence d'un dispositif de coagulation qu'elle-même avait présentée, rompant ainsi avec le principe d'égalité de traitement des candidats.

Le pouvoir adjudicateur soutient que le dispositif de coagulation existait dans l'offre du concurrent, mais n'avait pas été chiffré et qu'il avait simplement demandé ce chiffrage.

A supposer même que le pouvoir adjudicateur ait demandé au concurrent, dont l'offre sera retenue, ce dispositif, le principe d'égalité de traitement ne peut empêcher un maître d'ouvrage, lors des **négoiations** prévues dans la procédure adaptée, de **demandeur à l'un des candidats de modifier, d'améliorer ou d'intégrer un dispositif technique** si celui-ci n'est pas protégé par le secret industriel détenu par une autre société candidate, et dans le respect de l'égalité des candidats. Le moyen tiré de la rupture du principe d'égalité de traitement entre les candidats doit être rejeté.

6. Il en résulte que le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste en classant les deux offres et la procédure litigieuse n'a pas été irrégulière.

#### ► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Le grand intérêt de cet arrêt est de reconnaître la possibilité pour le pouvoir adjudicateur « *lors des négociations prévues dans la procédure adaptée, de demander à l'un des candidats de modifier, d'améliorer ou d'intégrer un dispositif technique si celui-ci n'est pas protégé par le secret industriel détenu par une autre société candidate, et dans le respect de l'égalité des candidats.* »

Mes anciens stagiaires aux formations sur le thème négociation que j'avais organisées dans les années 2004 - 2006 lorsque je dirigeais ma société de formation, ne seront aucunement étonnés par cet arrêt. La jurisprudence depuis n'a fait que confirmer l'espace de négociation des acheteurs publics que j'avais alors déjà bien identifié pour l'exploiter au mieux dans les procédures avec négociation, comme les marchés à procédure adaptée de l'article 28 du Code des marchés publics.

Sur la méthode, je dissuadais de toute négociation de type « marchandage » des prix, l'utilité de la négociation étant de l'utiliser comme un outil actif de management de la qualité de la commande publique afin d'arriver à la meilleure adéquation entre le besoin et l'offre, au meilleur prix.

Je préconisais que le pouvoir adjudicateur joigne au dossier de consultation d'origine un modèle de questionnaire sur lequel les candidats étaient invités à compléter par rubrique les éléments qui leur paraîtraient utiles d'ouvrir à la négociation, questionnaire à remettre par eux compléter à l'appui de leur offre.

Les candidats ayant naturellement vocation à faire valoir leurs meilleurs atouts sur les points de performance qu'ils maîtrisent le mieux, le pouvoir adjudicateur peut alors éclaircir le champ de la concurrence et plus utilement cerner les éléments à mettre en négociation et les marges de manœuvre dont il dispose.

Mon projet de règlement de consultation, dans le parfait esprit de cet arrêt, précisait notamment que, lors de la négociation :

« *La modification du dossier de consultation ne portera que sur des points non susceptibles de porter atteinte au secret industriel et commercial des éléments communiqués par les candidats sur la base de leur questionnaire.*

*Par contre, afin de permettre une égalité de traitement entre les candidats, le pouvoir adjudicateur signalera chaque point du descriptif de la consultation qui, ayant donné lieu à des propositions intéressantes susceptibles d'être concernées par ce secret, seront ouvertes à la formulation de propositions par l'ensemble des candidats.*

*Le pouvoir adjudicateur à chacun de ces points identifiés se limitera à fixer le cadre général des propositions ouvertes à la négociation pour l'ensemble des candidats retenus à la négociation : admission de propositions susceptibles d'améliorer la valeur technique de l'offre et l'innovation technique, de celles susceptibles de faire baisser les prix, etc. »*

\*\*

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028711971>

#### **Cour administrative d'appel de Lyon N° 13LY01437**

Inédit au recueil Lebon

4ème chambre - formation à 3

M. WYSS, président, M. Philippe GAZAGNES, rapporteur, M. DURSAPT, rapporteur public

BOUVIER-JAQUET-ROYER-PEREIRA, avocat

Lecture du **jeudi 27 février 2014**

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête enregistrée au greffe le 4 juin 2013, présentée pour la **SAS Aquatrium** dont le siège social est situé 59 rue Charles Keller à Nancy (54000), représentée par son dirigeant en exercice ;

La SAS Aquatrium demande à la Cour :

1° d'annuler le jugement n° 1201300 du Tribunal administratif de Dijon du 28 mars 2013 rejetant sa demande tendant à la réparation du préjudice que lui a causé son éviction irrégulière de la procédure de passation d'un marché public mise en oeuvre par le Syndicat Intercommunal pour l'Alimentation en Eau Potable (SIAEP) de la région de Charny ;

2° de condamner le Syndicat Intercommunal pour l'Alimentation en Eau Potable (SIAEP) de la région de Charny à lui verser la somme de 73 166 outre les intérêts aux taux légal, à compter du 6 avril 2012, et leur capitalisation ;

3° de mettre à la charge du syndicat la somme de 1500 euros en application de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que le SIAEP de Charny a méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats en invitant l'autre candidat à compléter son offre à partir d'un élément technique proposé par elle ; que l'étude des sols mentionnée au cahier des clauses techniques particulières ne lui a jamais été communiquée malgré ses demandes ; que des critères architecturaux et esthétiques, non prévus dans le dossier de consultation des entreprises, ont été mis en oeuvre pour départager les offres ; qu'elle avait une chance sérieuse d'obtenir le marché ;

Vu, enregistré le 16 décembre 2013, le mémoire en défense présenté pour le **Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable de la Région de Charny**, qui conclut au rejet de la requête de la SAS Aquatrium et à la condamnation de celle-ci à lui verser la somme de 4000 euros en application de l'article L 761-1 du code de justice administrative ;

Il soutient que l'offre de la Saur comprenait bien un dispositif technique de coagulation dont seul le coût avait été omis, que l'étude de sol n'a pas été réalisée, que l'offre de la SAS Aquatrium a été appréciée uniquement en fonction des critères retenus (sécurité, longévité et fonctionnalité) ; que la SAS Aquatrium ne rapporte pas la preuve qu'elle avait une chance sérieuse de remporter le marché ; que la SAS Aquatrium a refusé d'améliorer son offre ;

Vu, enregistré le 30 décembre 2013, le mémoire en réplique de la SAS Aquatrium qui confirme ses précédentes écritures ;

Vu la décision en date du 3 janvier 2014, fixant la clôture de l'instruction au 20 janvier 2014 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 6 février 2014 :

- le rapport de M. Gazagnes, rapporteur ;
- les conclusions de M. Dursapt, rapporteur public ;
- les observations de M. Coulon, président de la Sas Aquatrium ;

1. Considérant que le SIAEP de Charny a publié le 18 août 2009, un avis d'appel public à la concurrence pour l'attribution d'un marché de travaux d'aménagement d'une unité de traitement de l'eau de captage de Saint-Romain-le-Preux par construction d'une unité de traitement sur charbon actif en grain, suivant la **procédure adaptée prévue par l'article 28 du code des marchés publics** ; que ce marché a été attribué à la société Saur ; que la Sas Aquatrium relève appel du jugement du 28 mars 2013 par lequel le Tribunal administratif de Dijon a rejeté sa demande tendant à obtenir la condamnation du SIAEP de Charny à l'indemniser de son manque à gagner ;

2. Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un **recours de pleine juridiction contestant la validité de ce contrat** ou de certaines de ses clauses qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; qu'à partir de la conclusion du contrat, et dès lors qu'il dispose du recours ci-dessus défini, le concurrent évincé n'est en revanche

plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables qui en sont détachables ;

3. Considérant qu'aux termes de **l'article 28 du code des marchés publics** relatif aux modalités d'organisation de la mise en concurrence de la procédure adaptée : " (...) Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient soumis aux règles formelles applicables à ces procédures " ; qu'aux termes de **l'article 53 du même code** : " Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, (...) les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence (...) ;

4. Considérant que la SAS Aquatrium soutient en premier lieu que le SIAEP de Charny a retenu un sous critère esthétique et architectural non prévu au règlement du marché ; que cependant le SIAEP a demandé à la SAS Aquatrium, par courriel du 15 octobre 2009, simplement de préciser si elle pouvait présenter son offre dans un seul bâtiment, dans un souci technique, de fonctionnalité et de sécurité ; que la SAS Aquatrium n'a pas souhaité modifier son offre ; que le SIAEP a estimé que, dans ces conditions, **l'éclatement des bâtiments dans l'offre présentée par la SAS Aquatrium ne permettait pas une mise en alarme unique, que l'exploitation serait rendue plus difficile du fait de la séparation des quatre filtres avec un espace séparé d'accès pour chacun sans facilité de surveillance et a exprimé des doutes sur la longévité des filtres proposés en béton armé** ; qu'ainsi le SIAEP de Charny n'a tenu compte, pour le critère de la valeur technique des offres prévu par le règlement du marché, que de la fonctionnalité, de la sécurité et de la pérennité de l'installation projetée et non pas de la qualité architecturale ou esthétique comme le soutient à tort la SAS Aquatrium ; que ce moyen, ainsi que l'a souligné le Tribunal, manque en fait et doit être écarté ;

5. Considérant que la SAS Aquatrium, en deuxième lieu, soutient qu'elle n'a pas obtenu l'étude des sols annoncée dans le cahier des clauses techniques particulières et qu'elle a réclamée ; qu'à supposer que le SIAEP n'ait pas répondu à cette demande, il ne résulte pas de l'instruction que cette éventuelle absence ait empêché l'entreprise requérante de présenter une offre adaptée ; qu'en particulier, il résulte de l'instruction que le choix de la société Aquatrium de présenter un projet éclaté en plusieurs ouvrages **résultait d'un choix propre de la société et n'a pas été conditionné par la nature du sol** ;

6. Considérant que la SAS Aquatrium, en troisième lieu, soutient qu'à la suite de l'examen de son offre, le SIAEP de Charny a demandé à la Société Saur de prévoir la présence d'un dispositif de coagulation qu'elle-même avait présenté, rompant ainsi avec le principe d'égalité de traitement des candidats ; que le SIAEP soutient que le dispositif de coagulation existait dans l'offre de la Société Saur mais n'avait pas été chiffré et qu'il avait simplement demandé ce chiffrage ; qu'à supposer même que le SIAEP ait demandé à la Société Saur d'intégrer ce dispositif, le principe d'égalité de traitement ne peut empêcher un maître d'ouvrage, lors des négociations prévues dans la procédure adaptée, de demander à l'un des candidats de modifier, d'améliorer ou d'intégrer un dispositif technique si celui-ci n'est pas protégé par le secret industriel détenu par une autre société candidate, et dans le respect de l'égalité des candidats ; que le moyen tiré de la rupture du principe d'égalité de traitement entre les candidats doit être **rejeté** ;

7. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la Société Saur a obtenu 50 points pour la valeur technique de son offre et 42,2 points pour son prix soit un total de 92,2 points ; que la SAS

Aquatrium a obtenu 50 points pour son prix, offre la moins-disante, et 30 points pour la valeur technique de son offre ; qu'il résulte des point 4,5 et 6 que le SIAEP de Charny n'a pas commis d'erreur manifeste en classant ainsi les deux offres ;

8. Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la procédure litigieuse n'a pas été irrégulière ; que, par suite, les conclusions indemnitaires de la SAS Aquatrium ne peuvent qu'être rejetées ;

**Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :**

9. Considérant que, d'une part, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme quelconque soit mise à la charge du SIAEP de Charny, qui n'est pas partie perdante dans la présente instance ; que, d'autre part, il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le SIAEP de Charny au titre des mêmes dispositions ;

**DECIDE :**

**Article 1er :** La requête de la SAS Aquatrium est rejetée.

**Article 2 :** Les conclusions présentées par le Syndicat intercommunal pour l'alimentation en eau potable de la Région de Charny sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

**Article 3 :** Le présent arrêt sera notifié à la SAS Aquatrium, au Syndicat Intercommunal pour l'alimentation en eau potable de la Région de Charny et à la société Saur.

<http://www.localjuris.com>