

**CONSEIL D'ETAT**

PK

statuant

au contentieux

**N°s 417428,417439**

**REPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

OFFICE PUBLIC DE L'HABITAT

HAUTS-DE-SEINE HABITAT

SOCIETE EIFFAGE CONSTRUCTION

AMELIORATION DE L'HABITAT

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

M. Thomas Pez-Lavergne

Rapporteur

Sur le rapport de la 7ème chambre

de la Section du contentieux

M. Gilles Pellissier

Rapporteur public

Séance du 7 mai 2018

Lecture du 25 mai 2018

Vu les procédures suivantes :

*Procédure contentieuse antérieure*

Le groupement d'entreprises constitué par les sociétés Mercier, mandataire, Les peintures parisiennes, Auto protection sécurité et ETEM, dénommé groupement MPPEA, a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure d'appel d'offres relative au marché de travaux d'entretien courant « tous corps d'état » et de remise en état des logements du patrimoine de l'office public de l'habitat du département des Hauts-de-Seine « Hauts-de-Seine Habitat ». Par une ordonnance n° 1711246 du 3 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise a annulé la procédure de passation de ce marché.

*Procédures devant le Conseil d'Etat*

1° Sous le n° 417428, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 18 janvier, 2 février et 26 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Hauts-de-Seine Habitat demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par le groupement de sociétés MPPEA ;

3°) de mettre à la charge du groupement de sociétés MPPEA la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 417439, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 18 janvier, 1<sup>er</sup> février et 20 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Eiffage construction amélioration de l'habitat demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par le groupement de sociétés MPPEA ;

3°) de mettre à la charge du groupement de sociétés MPPEA la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Thomas Pez-Lavergne, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de Hauts-de-Seine Habitat, à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Mercier et à la SCP Spinosi, Sureau, avocat de la société Eiffage construction amélioration de l'habitat.

1. Considérant que les pourvois de Hauts-de-Seine Habitat et de la société Eiffage construction amélioration de l'habitat sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. 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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat »* ; que le I de l'article L. 551-2 du même code dispose que : *« Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations »* ;

3. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise que, par un avis publié le 27 juillet 2017 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, l'office public de l'habitat du département des Hauts-de-Seine, dénommé « Hauts-de-Seine Habitat », a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un marché public, divisé en neuf lots, portant sur l'entretien courant « tous corps d'état » et la remise en état des logements de son patrimoine ; que, par un courrier du 21 novembre 2017, le groupement de sociétés MPPEA a été informé du rejet de son offre pour l'intégralité des lots et de l'attribution des lots 1, 5 et 7 à la société Eiffage construction amélioration de l'habitat, des lots 2, 4 et 8 à la société Acorus et des lots 3, 6 et 9 à la société ERI ; que, par une ordonnance du 3 janvier 2018, le juge du référé précontractuel a annulé la procédure de passation du marché ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : *« I. - Sous réserve des marchés publics globaux mentionnés à la section 4, les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots. / Les acheteurs peuvent toutefois décider de ne pas allotir un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. / Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique. / Les offres sont appréciées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. / II. - Lorsqu'un acheteur décide de ne pas*

*allotir un marché public, il motive son choix en énonçant les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de sa décision » ;*

5. Considérant que, saisi d'un moyen tiré de l'irrégularité de la décision de ne pas allotir un marché, il appartient au juge du référé précontractuel de déterminer si l'analyse à laquelle le pouvoir adjudicateur a procédé et les justifications qu'il fournit sont, eu égard à la marge d'appréciation dont il dispose pour décider de ne pas allotir lorsque la dévolution en lots séparés présente l'un des inconvénients que les dispositions précitées mentionnent, entachées d'appréciations erronées ; que, par ailleurs, lorsqu'un marché public a été alloué, le juge ne peut relever un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence du fait de la définition du nombre et de la consistance des lots que si celle-ci est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, compte tenu de la liberté de choix dont le pouvoir adjudicateur dispose en ce domaine ;

6. Considérant que, après avoir relevé que le marché litigieux avait été divisé en neuf lots correspondant à neuf zones géographiques distinctes, le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise s'est fondé, pour estimer que Hauts-de-Seine Habitat avait méconnu l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et manqué ainsi à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, sur l'absence de motifs techniques ou économiques de nature à justifier l'absence d'allotissement par corps d'état ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus au point 5 qu'en ne se bornant pas à contrôler si la définition du nombre et de la consistance des lots était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, il a commis une erreur de droit ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Eiffage construction amélioration de l'habitat et Hauts-de-Seine Habitat sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

8. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

9. Considérant, en premier lieu, que lorsque le pouvoir adjudicateur a choisi de diviser un marché public en lots géographiques, il appartient notamment au juge du référé précontractuel, saisi d'un moyen en ce sens, de s'assurer, en prenant en compte l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, que ce choix n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ;

10. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la décision de Hauts-de-Seine Habitat de se borner à une division du marché d'entretien courant et de remise en état des logements de son patrimoine en neuf lots correspondant aux différents lieux d'exécution des travaux, répond au souci de réduire les délais d'exécution, de permettre une meilleure coordination des intervenants et d'éviter la reproduction des difficultés auxquelles il avait été confronté lors de l'exécution d'un précédent marché ayant le même objet, qui avait été divisé, dans le cadre d'un allotissement à la fois géographique et fonctionnel, en quatre-vingt-dix-sept lots ; que, eu égard notamment aux nombreux

sites d'exécution des travaux, qui correspondent aux différentes « directions de proximité » de l'office, et aux difficultés techniques et de coordination qui étaient susceptibles de résulter de la multiplication du nombre de lots dans l'hypothèse où une division par lots techniques serait ajoutée à une division par lots géographiques, le choix de Hauts-de-Seine Habitat n'est pas entaché, dans les circonstances de l'espèce, d'erreur manifeste d'appréciation ; qu'il suit de là que le groupement de sociétés MPPEA n'est pas fondé à soutenir que Hauts-de-Seine Habitat aurait méconnu les dispositions de l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et porté ainsi atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique ;

11. Considérant, en deuxième lieu, que le pouvoir adjudicateur définit librement la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics ; que, toutefois, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie ; qu'il en va ainsi alors même que le pouvoir adjudicateur, qui n'y est pas tenu, aurait rendu publiques, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, de telles méthodes de notation ;

12. Considérant qu'il résulte de l'instruction que Hauts-de-Seine Habitat a retenu une méthode de notation pour le critère du prix attribuant automatiquement la note maximale au candidat ayant présenté l'offre la moins disante, alors qu'il n'a pas retenu une méthode analogue, valorisant le candidat le mieux classé, pour l'appréciation du critère de la valeur technique ; que, toutefois, contrairement à ce que soutient le groupement de sociétés MPPEA, la seule circonstance que les méthodes de notation mises en œuvre par l'acheteur soient susceptibles d'aboutir à une différenciation plus grande des candidats sur certains seulement des critères de jugement des offres ne saurait être regardée comme privant ceux-ci de leur portée ou comme neutralisant leur pondération ; que le moyen tiré de l'irrégularité de la méthode de notation des offres retenue par l'office doit, par suite, être écarté ;

13. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. / Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire. / L'acheteur met en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter* » ; que l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics dispose que : « *I. - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter. / (...) II. - L'acheteur rejette l'offre : / 1° Lorsque les éléments fournis*

*par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés (...) » ;*

14. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ;

15. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'offre du groupement de sociétés MPPEA était d'un montant de 3 964 668,95 euros HT pour le lot 1, de 3 964 668,30 euros HT pour le lot 5 et de 4 594 582,93 euros HT pour le lot 7, alors que le montant de l'offre de la société Eiffage construction était respectivement de 2 996 284,46 euros HT, 2 996 285,46 euros HT et 3 468 725,70 euros HT ; qu'ainsi l'écart entre les deux offres était, pour chacun de ces trois lots, de l'ordre de 24 % ; que, pour soutenir que Hauts-de-Seine Habitat a commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant l'offre de la société Eiffage construction pour les lots 1, 5 et 7, dont il estime qu'elle était anormalement basse, le groupement requérant se borne à indiquer que les écarts entre les deux offres étaient, selon lui, « suspects » ; que, cependant, les écarts relevés n'étaient pas, dans les circonstances de l'espèce, suffisants pour que les prix proposés doivent paraître à l'office manifestement sous-évalués et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché ; que, par suite, le groupement requérant n'est pas fondé à soutenir que Hauts-de-Seine Habitat était tenu de solliciter la société Eiffage construction afin qu'elle lui fournisse des précisions sur les prix qu'elle proposait et aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ;

16. Considérant, en dernier lieu, qu'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 auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres ; qu'il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que le pouvoir adjudicateur n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats ;

17. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation exigeait, notamment, au titre de l'évaluation du critère de la valeur technique, un « organigramme dédié au marché » et un « planning avec enchaînement des tâches » ; qu'en estimant que l' « organigramme dédié au marché » transmis par le groupement requérant se bornait à identifier le personnel d'encadrement et les responsables opérationnels sans préciser les intervenants chargés de la réalisation des travaux et que le « planning avec enchaînement des tâches » présentait des délais

incohérents avec ceux que le groupement proposait dans la deuxième partie de son mémoire technique, Hauts-de-Seine Habitat n'a pas dénaturé le contenu de son offre ;

18. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le groupement de sociétés MPPEA n'est pas fondé à demander l'annulation de la procédure d'attribution du marché public de travaux d'entretien courant « tous corps d'état » et de remise en état des logements du patrimoine de Hauts-de-Seine Habitat ;

19. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du groupement de sociétés MPPEA la somme globale de 4 000 euros à verser à Hauts-de-Seine Habitat et à la société Eiffage construction au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ; que ces dispositions font obstacle à ce que les conclusions tendant à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de Hauts-de-Seine Habitat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soient accueillies ;

DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : L'ordonnance du 3 janvier 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise est annulée.

Article 2 : La demande présentée par le groupement de sociétés MPPEA devant le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise est rejetée.

Article 3 : Le groupement de sociétés MPPEA versera à Hauts-de-Seine Habitat et à la société Eiffage construction amélioration de l'habitat une somme de 2 000 euros chacun, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'office public du département des Hauts-de-Seine « Hauts-de-Seine Habitat », à la société Eiffage construction amélioration de l'habitat et à la société Mercier en sa qualité de mandataire du groupement de sociétés MPPEA et au ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire.

Copie en sera adressée à la société Acorus, à la société Eri et au ministre de l'économie et des finances.