

Conclusions sur l'affaire n° 1903581 Société Arc-en-ciel

Rapporteur : Philippe Thébault

Rapporteur public : Julie Salenne-Bellet

Monsieur le Président, messieurs les conseillers.

La société Arc-en-ciel est spécialisée dans le nettoyage industriel et l'entretien des espaces verts.

C'est donc tout naturellement qu'elle s'est portée candidate à la procédure d'appel d'offres engagée par Valophis Habitat pour la conclusion d'un accord cadre à bons de commande ayant pour objet « le nettoyage intérieur, extérieur des parties communes et service des ordures ménagères du patrimoine du groupe Valophis ».

L'accord-cadre était divisé en cinq lots géographiques, selon le lieu d'exécution des prestations.

Par un courrier du 26 décembre 2018, elle a été informée du rejet de sa candidature pour le lot n° 2.

Elle a demandé des informations complémentaires sur l'offre retenue et la communication du rapport d'analyse des offres notamment.

Les informations complémentaires lui ont été communiquées par un courrier du 11 janvier 2019.

Elle a saisi le juge des référés précontractuel afin d'obtenir l'annulation du contrat mais sa requête a été rejetée par une ordonnance du 29 janvier 2019.

Par la présente requête, qui vient d'être appelée sous le numéro 193581, la société Arc-en-ciel vous demande d'annuler ou de résilier l'accord-cadre conclu avec la société Guibert propreté.

Les conditions de recevabilité ne posant pas de difficultés, vous en viendrez à l'examen au fond de la requête.

A/ Vous le savez, si la jurisprudence Tarn-et-Garonne ouvre aux tiers le prétoire du juge du contrat, cette ouverture n'est pas absolue et est notamment limitée par les moyens pouvant être invoqués.

En effet, les tiers autres que le préfet ou les membres de l'organe délibérant ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

Plus particulièrement, le tiers agissant en qualité de concurrent évincé ne peut utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

Voyez en ce sens : **CE 5 février 2016 Syndicat mixte des transports en commun de l'Hérault**, n° 383149, A.

En défense, Valophis habitat fait valoir que tous les moyens invoqués sont inopérants, dès lors que l'offre présentée par la société Arc-en-ciel était irrégulière.

Il a été jugé qu'au titre des manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat en rapport direct avec son éviction, le concurrent évincé peut contester la décision par laquelle son offre a été écartée comme irrégulière. En revanche, il ne peut pas critiquer l'appréciation des autres offres.

Voyez en ce sens : **CE 9 novembre 2018 Société Cerba**, n° 420654, A.

Il serait simple de répondre à cet argument si Valophis Habitat avait rejeté la candidature de la société Arc-en-ciel pour irrégularité. Au contraire, il l'a examinée et classée.

Vous savez qu'en matière de référé précontractuel, l'irrégularité de l'offre du requérant peut être invoquée par l'administration pour la première fois devant le juge : la circonstance que le pouvoir adjudicateur a classé l'offre du requérant ne fait pas obstacle à ce qu'il invoque devant le juge du référé précontractuel l'irrégularité de celle-ci.

Voyez en ce sens : **CE 2 octobre 2013 Département du Lot-et-Garonne**, n° 368900, B sur un autre point.

Selon Bertrand Dacosta, dans un article à l'AJDA 2018¹, la société est insusceptible d'avoir été lésée par les manquements de la personne publique puisque, en tout état de cause, elle ne pouvait pas être retenue.

¹ Bertrand Dacosta, Dix ans de Smirgeomes, AJDA 2018 p. 2000.

Toutefois, le Conseil d'Etat est revenu, partiellement, par la suite sur cette jurisprudence, en jugeant que le pouvoir adjudicateur ne peut utilement se prévaloir, pour faire échec à un référé précontractuel, de ce que la candidature du requérant était irrecevable, faute de comporter l'ensemble des pièces requises et de ce que le requérant serait dès lors insusceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque, dès lors que ce pouvoir adjudicateur n'a ni rejeté la candidature, ni, en application de l'article 52 du code des marchés publics, sollicité une régularisation.

Voyez en ce sens : **CE 3 décembre 2014 Département de Loire-Atlantique**, n° 384180, B sur ce point.

Toujours selon Bertrand Dacosta, « *Dans la mesure où, depuis l'intervention du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, les possibilités de régulariser non seulement les candidatures, mais encore les offres elles-mêmes, ont été plus largement ouvertes, on peut penser que cette jurisprudence a vocation à développer ses effets. Le défendeur ne peut soutenir que le demandeur a été insusceptible d'avoir été lésé par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il invoque, au seul motif que sa candidature ou son offre aurait pu être écartée, si, de facto, elle ne l'a pas été et si l'irrégularité était régularisable. (...)* ».

Vous pourriez alors vous interroger, à l'instar de Bertrand Dacosta, sur l'application de cette dernière jurisprudence aux faits de l'espèce.

En effet, si la jurisprudence Département de Loire-Atlantique a été rendue en matière de référé précontractuel et en ce qui concerne les candidatures, l'article 59 du décret du 25 mars 2016 prévoit une possibilité de régularisation des offres irrégulières, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basse.

Dans ce cas, si la société a été évincée, ce n'est pas parce que son offre était irrégulière mais parce que le pouvoir adjudicateur ne l'a pas invitée à régulariser son offre. Cette absence d'invitation l'a privée d'une chance de régulariser son offre et de remporter le contrat.

Par ailleurs, le candidat qui a vu son offre classée n'a pas connaissance que son offre était irrégulière, puisque l'administration a décidé de passer outre cette irrégularité et a examiné et classé son offre.

Nous ne voyons pas d'objection à ce que la jurisprudence Département de Loire-Atlantique, qui concerne les candidatures, soit étendue aux offres dès lors

que la régularisation des candidatures est plus grave que celle des offres. Par exemple, une société n'ayant pas de capacité juridique ou étant dans l'interdiction de soumissionner ne pourra pas rendre sa candidature régulière ou recevable, alors qu'elle pourra modifier son offre pour la rendre conforme aux prescriptions techniques et s'engager à l'exécuter.

De même, il n'y a pas, selon nous, d'obstacle à ce que cette jurisprudence, qui concerne le référé précontractuel, soit appliquée au recours Tarn-et-Garonne.

Vous pourriez donc, en application de la jurisprudence Département de Loire-Atlantique, considérer que Valophis Habitat ne peut soutenir devant vous que l'offre de la société Arc-en-ciel était irrégulière dès lors qu'il n'a pas rejeté son offre pour ce motif et qu'il ne l'a pas invitée à la régulariser.

Des objections pourraient être opposées à cette application.

La première est que l'article 59 laisse une possibilité, et non une obligation, pour le pouvoir adjudicateur d'inviter la société à régulariser son offre. Toutefois, l'article 52 du code des marchés publics prévoyait une possibilité similaire en ce qui concerne les candidatures.

La seconde, plus sérieuse, est que force est de constater que les cours administratives d'appel, dont votre cour d'appel, font application de la jurisprudence Département du Lot-et-Garonne au recours Tarn-et-Garonne.

Voyez pour des exemples : **CAA Paris 21 juillet 2020**, n° 18PA02365 ; **CAA Douai 12 décembre 2019**, n° 18DA02654.

Malgré ce second argument plutôt convaincant, nous vous proposons de faire évoluer la jurisprudence des juges du fond et considérer que Valophis Habitat n'est pas fondé à soutenir devant vous que l'offre de la société Arc-en-ciel était irrégulière, dès lors qu'il n'a pas rejeté son offre pour ce motif et qu'il ne l'a pas invitée à la régulariser, conformément à la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat.

B/ Vous pourriez alors examiner les moyens soulevés par la société requérante.

1. En premier lieu, la société Arc-en-ciel soutient que la clause d'insertion professionnelle était illégale pour plusieurs motifs.

Dans un premier temps, elle soutient que la clause serait insuffisamment précise quant aux mentions qu'elle devait contenir, ce qui ne lui a pas permis de répondre aux demandes de Valophis.

Le point 3 des dispositions générales du CCTP stipule que le titulaire doit proposer un nombre minimum d'heures travaillées à consacrer par an dans le cadre de l'insertion professionnelle.

Il résulte du règlement de consultation que l'offre doit contenir l'acte d'engagement et ses annexes signés, ce qui comprend notamment le CCTP.

Il dispose également qu'en « *signant l'acte d'engagement, le candidat consent formellement aux clauses de l'accord-cadre (documents constitutifs de l'accord-cadre, tel que le CCAP, le CCTP et le CCAG)* ».

Par ailleurs, le cadre de réponse technique dispose que le candidat devra présenter les modalités de mise en œuvre de l'insertion professionnelle en précisant le nombre d'heures dédiées à ce sujet.

Il en résulte que la société Arc-en-ciel devait, dans son offre, mentionner tout simplement le nombre minimum d'heures travaillées par an à consacrer à l'insertion professionnelle, ce qu'elle n'a pas fait.

En effet, si elle consacre toute une partie de son mémoire technique à l'insertion professionnelle, les mentions contenues sont très générales. La société rappelle qu'elle est engagée pour l'insertion professionnelle, qu'elle propose des contrats d'apprentissage, de professionnalisation et d'insertion, que son action est majoritairement tournée vers les jeunes en difficultés sociales et vers les salariés handicapés.

Elle détaille ensuite le processus de sélection des candidats mis en œuvre par elle.

A aucun moment le mémoire technique ne mentionne le nombre d'heures consacrées à l'insertion professionnelle par an, comme le demandait le point 3 du CCTP. La société Arc-en-ciel ne produit aucun élément permettant d'établir que cette mention figurerait dans un autre document produit au soutien de son offre.

Si elle soutient que des données essentielles n'étaient pas mentionnées, il n'en demeure pas moins que Valophis souhaitait seulement connaître le nombre

d'heures annuelles allouées à l'insertion professionnelle. Les stipulations du CCTP sur ce point sont très claires.

Ainsi, elle n'est pas fondée à soutenir que la clause d'insertion professionnelle serait insuffisamment précise.

Dans un deuxième temps, elle soutient que la clause serait discriminatoire dès lors qu'elle favorise le critère quantitatif au critère qualitatif.

Toutefois, contrairement à ce que soutient la société requérante, les articles 38, relatif au contenu des marchés publics, et 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, relatif aux critères d'attribution du contrat, ne posent pas d'obligation de prise en compte des modalités d'exécution du contrat pour l'attribuer. Ces articles posent simplement une possibilité de prévoir des critères liés aux conditions d'exécution du contrat, dès lors qu'ils sont en lien avec l'objet du marché.

La société requérante ne soutient pas que la clause d'insertion professionnelle ne serait pas en lien avec l'objet du marché.

Dès lors, elle n'est pas fondée à soutenir que cette clause serait discriminatoire.

Dans un troisième temps, la société Arc-en-ciel soutient qu'en vertu de la convention collective des entreprises de propreté, les contrats de travail sont obligatoirement repris donc son offre n'était pas irrégulière du seul fait qu'elle ne précisait pas le nombre d'heures dédiées à l'insertion professionnelle.

Toutefois, ainsi qu'il a été dit précédemment, l'offre de la société requérante n'a pas été rejetée pour irrégularité. En tout état de cause, la reprise des contrats de travail est totalement étrangère à l'insertion professionnelle. A cet égard, il convient de constater que son mémoire technique consacre une partie à l'insertion professionnelle et une autre partie à la reprise des contrats.

Dès lors, elle n'est pas fondée à soutenir que son offre répondait aux demandes de Valophis Habitat.

Dans un quatrième temps, elle soutient que cette clause constitue une rupture d'égalité car la société Guibert était la seule à connaître le nombre d'emplois aidés en cours et leurs caractéristiques.

Toutefois, la société n'apporte aucun élément permettant d'établir que la société Guibert avait effectivement connaissance du nombre d'emplois aidés ou même que cette connaissance lui conférait un avantage sur les autres candidats.

Par ailleurs, il résulte du rapport d'analyse des offres que trois sociétés ont mentionné le nombre d'heures consacrées à l'insertion professionnelles et ont obtenu la note maximale sur ce critère. Dès lors que d'autres sociétés ont pu répondre à ce critère et ont obtenu la note maximale, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que cette clause constitue une rupture d'égalité entre les candidats.

Si, comme le soutient la société Arc-en-ciel, le CCAP se contente de prévoir des pénalités pour le non-respect de la clause d'insertion professionnelle, ces pénalités s'appliqueront à l'attributaire de l'accord-cadre en cas de méconnaissance de ses engagements. L'invocation de cet article serait inopérant au stade du dépôt des offres.

Vous pourrez alors écarter ce premier moyen.

2. En second lieu, la société Arc-en-ciel soutient que Valophis Habitat a commis une erreur manifeste d'appréciation dans le choix de l'offre attributaire.

Ce moyen est divisé en deux branches.

D'une part, elle soutient que le lot n'a pas été attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse car son offre était moins chère que celle de la société Guibert. Elle critique la méthode de notation retenue, dès lors qu'elle a eu une note moins élevée que la société attributaire alors que son prix était moins élevé.

Si le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer la méthode de notation pour la mise en œuvre de chacun des critères de sélection des offres qu'il a définis et rendus publics, ces méthodes de notation sont entachées d'irrégularité si 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.

Voyez en ce sens : **CE 3 novembre 2014 Commune de Belleville-sur-Loire**, n° 373362, A.

Il en résulte qu'une méthode de notation ne permettant pas d'identifier l'offre dont le prix était le plus avantageux est irrégulière.

Voyez en ce sens : **CE 1^{er} juillet 2015 Société nouvelle d'entreprise générale du Sud-Ouest**, n° 381095, B.

En l'espèce, il résulte du règlement de consultation que le critère prix comportait deux sous-critères, un critère prix des prestations courantes, valant 50 % de la note, et un critère prix des prestations ponctuelles, valant 10 % de la note.

Le rapport d'analyse des offres mentionne que la société Arc-en-ciel a obtenu la note de 4, 60 pour les prestations courantes et la note de 4, 22 pour les prestations ponctuelles, alors que la société Guibert a obtenu respectivement les notes de 4, 52 et de 4, 68. La note finale attribuée à la société requérante pour le critère du prix était de 2, 72, celle attribuée à la société Guibert était de 2, 73, alors que le prix proposé par cette dernière était supérieur à celui proposé par la société Arc-en-ciel.

Il convient de préciser qu'une autre société candidate ayant proposé un prix inférieur à celui de la société requérante a obtenu une note inférieure à celle-ci.

Il apparaît que cette circonstance est due à la pondération du sous-critère relatif aux prestations ponctuelles, qui est disproportionnée par rapport au poids de ses prestations dans le montant total du marché.

Dès lors, la société Arc-en-ciel est fondée à soutenir que la méthode de notation, qui n'a pas permis d'attribuer la meilleure note à l'offre la moins chère, est entachée d'une irrégularité.

D'autre part, la société Arc-en-ciel soutient qu'elle n'a pas obtenu d'explications sur la note donnée sur le critère « valeur technique ».

Le juge exerce un contrôle restreint à l'erreur manifeste sur l'appréciation portée sur les offres des candidats.

Voyez en ce sens : **CE 8 février 2010 Commune de la Rochelle**, n° 314075, A sur un autre point.

En l'espèce, il résulte du rapport d'analyse des offres que la société Arc-en-ciel a obtenu les notes de 4/5 au sous-critère organisation, 2/5 au sous-critère qualité, 4/5 au sous-critère gestion technique et 1/5 au sous-critère insertion professionnelle.

Dans son courrier du 11 janvier 2019, Valophis explique que l'offre de la société Guibert s'était démarquée en ce qui concerne les critères qualité et insertion professionnelle, pour lesquels son mémoire technique était très détaillé et satisfaisant.

Comme nous l'avons dit précédemment, le mémoire technique de la société requérante ne comportait pas les informations souhaitées sur l'insertion professionnelle.

Il résulte du rapport d'analyse des offres qu'alors que la société requérante ne justifiait que d'une certification Qualiprope, la société Guibert justifiait de cette même certification mais également d'autres.

La circonstance que la société requérante propose l'utilisation de produits écologiques et de véhicules électriques ne peut suffire à établir que son offre était techniquement supérieure à celle de la société attributaire.

Vous pourrez alors écarter cette seconde branche du moyen.

C/ Venons-en maintenant à votre office, pour savoir quelles conséquences tirer de l'irrégularité constatée dans la méthode de notation.

Aux termes de la jurisprudence Tarn-et-Garonne, trois possibilités s'offrent à vous.

La poursuite du contrat est possible, sous réserve d'éventuelles mesures de régularisation.

L'annulation ne devrait être réservée qu'aux hypothèses les plus graves : contenu illicite du contrat, vice du consentement ou autre vice d'une « particulière gravité » que le juge devrait relever d'office.

Au contraire, la résiliation du contrat est prononcée lorsque le manquement a eu une incidence sur le choix du cocontractant mais n'est pas d'une particulière gravité.

En l'espèce, l'irrégularité constatée n'a pas eu d'incidence sur le choix du cocontractant. En effet, même si la société requérante avait eu la meilleure note sur le critère du prix, elle n'aurait pas été attributaire.

Vous pourrez donc prononcer la poursuite du contrat, sans qu'aucune mesure de régularisation ne soit nécessaire, et rejeter les conclusions à fin d'annulation ou de résiliation de l'accord-cadre litigieux.

D/ Il ne vous reste plus qu'à examiner les conclusions indemnitaires.

La société requérante demande le versement d'une somme de 857 189 euros, dès lors qu'elle avait des chances sérieuses de remporter l'accord-cadre.

Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation.

Voyez en ce sens : **CE 10 juillet 2013 Compagnie martiniquaise de transports**, n° 362777, B.

Par ailleurs, il appartient au juge de vérifier si l'entreprise était dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Dans le cas où l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché, elle a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner qu'elle a subi.

Voyez en ce sens : **CE 27 janvier 2006 Commune d'Amiens**, n° 259374, A.

En l'espèce, l'irrégularité commise consiste en une irrégularité dans la méthode de notation qui, nous l'avons dit, n'a pas eu d'incidence sur le choix de la société attributaire.

Cette irrégularité n'est pas en lien direct avec l'éviction de la société requérante.

Au surplus, l'offre de la société requérante a été classée en troisième position et l'application d'une autre méthode de notation n'aurait pas eu de grandes incidences sur la note attribuée et sur son classement.

Dès lors, vous pourrez considérer que la société Arc-en-ciel était dépourvue de toute chance de remporter le contrat et rejeter ses conclusions indemnitaires.

D/ Enfin, Valophis Habitat n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, vous pourrez rejeter les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

En revanche, vous pourrez mettre à la charge de la société Arc-en-ciel la somme de 1 500 euros à verser à Valophis Habitat au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS, NOUS CONCLUONS :

- au rejet de la requête ;

- à la mise à la charge de la société Arc-en-ciel la somme de 1 500 euros à verser à Valophis Habitat au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.