

statuant
au contentieux

**Cette décision sera
mentionnée dans les
tables du Recueil LEBON**

REPUBLIQUE FRANÇAISE

N° 335611

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

OFFICE PUBLIC D'AMÉNAGEMENT
ET DE CONSTRUCTION HABITAT
MARSEILLE PROVENCE

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies)

M. Francis Girault
Rapporteur

Sur le rapport de la 7ème sous-section
de la Section du contentieux

M. Bertrand Dacosta
Rapporteur public

Séance du 19 mai 2010
Lecture du 18 juin 2010

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 15 janvier et 1^{er} février 2010 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'OFFICE PUBLIC D'AMENAGEMENT ET DE CONSTRUCTION (OPAC) HABITAT MARSEILLE PROVENCE, dont le siège est 25 avenue de Frais Vallon à Marseille (13388 cedex 13) ; l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 28 décembre 2009 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé la procédure de passation du marché de location et d'entretien de matériels anti-intrusion ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Sitex ;

3°) de mettre la somme de 3 000 euros à la charge de la société Sitex au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Francis Girault, Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Potier de la Varde, Buk Lament, avocat de l'OFFICE PUBLIC D'AMÉNAGEMENT ET DE CONSTRUCTION HABITAT MARSEILLE PROVENCE et de la SCP Tiffreau, Corlay, avocat de la société Sitex,
- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Potier de la Varde, Buk Lament, avocat de l'OFFICE PUBLIC D'AMÉNAGEMENT ET DE CONSTRUCTION HABITAT MARSEILLE PROVENCE et à la SCP Tiffreau, Corlay, avocat de la société Sitex ;

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 des marchés publics (..)/ Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement (..)/ Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours (...) » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence du 17 octobre 2009, l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE a engagé une procédure de passation d'un marché à bons de commande ayant pour objet la location et l'entretien de matériels anti-intrusion ; que, par un courrier du 10 décembre 2009, l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE a informé la société Sitex du rejet de son offre ; qu'à la demande de cette société, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a annulé la procédure de passation par une ordonnance du 28 décembre 2009, contre laquelle l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE se pourvoit en cassation ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu'aux termes de l'article 77 du code des marchés publics dans sa version applicable à la présente espèce : « I. Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. (...) / Dans ce marché le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir un minimum et un maximum en valeur ou en quantité, ou un minimum, ou un maximum, ou encore être conclus sans minimum ni maximum (...) » ; qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés, notamment de l'avis d'appel public à la concurrence, que l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE a prévu un minimum et un maximum en valeur pour le marché à passer et s'est ainsi conformé à l'une des hypothèses prévues par l'article 77 précité, lequel ne formule aucune autre exigence ; qu'en jugeant que le pouvoir adjudicateur a manqué à ses

obligations de publicité et de mise en concurrence en ne publiant pas, en sus de ces deux valeurs, une estimation de la part que pouvait représenter dans l'ensemble du marché chacune des prestations distinctes demandées aux entreprises candidates, le juge des référés a commis une erreur de droit ; que l'ordonnance attaquée doit dès lors être annulée ;

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

Considérant, en premier lieu, que la société Sitex soutient que l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE a méconnu l'article 10 du code des marchés publics en n'allotissant pas le marché litigieux alors qu'il a pour objet la fourniture-location de portes et fenêtres, la télésurveillance, des interventions de sécurité, ainsi que l'évacuation de gravats et le débarras du logement consécutifs aux travaux; que, toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que les services demandés par l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE dans le marché litigieux, dont l'objet est la mise en place de matériels anti-intrusion, relèvent de prestations susceptibles, par leur nature et compte tenu de l'objet du marché, de faire l'objet de lots différents ; que, dès lors, le moyen doit être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, ainsi qu'il a été dit, que l'établissement public n'a pas méconnu les dispositions de l'article 77 du code des marchés publics en indiquant la seule valeur minimale et maximale du marché à bons de commande sans évaluer la valeur distincte de chacune des prestations prévues au marché ;

Considérant, en troisième lieu, que contrairement à ce que soutient la société Sitex, l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE a apporté aux entreprises candidates des précisions suffisantes sur les critères de jugement des offres et leurs modalités d'application en indiquant, dans le règlement de consultation, que les offres seraient jugées d'une part sur le critère du prix, établi à partir du bordereau des prix unitaires, pondéré à hauteur de 70%, d'autre part sur le critère de la valeur technique, pondéré à hauteur de 30%, et évalué à partir de trois sous-critères, affectés chacun d'un nombre de points précisé ; que, contrairement à ce que soutient la société Sitex, le critère de la valeur technique est suffisamment éclairé par les trois sous-critères énoncés dans le règlement de la consultation, qui apportent aux candidats une information suffisante sur la façon dont leur offre sera jugée à ce titre ; qu'il ne peut dès lors être reproché à l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE d'avoir manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 80 du code des marchés publics dans sa version applicable à l'espèce : « I. 1° Pour les marchés et accords-cadres passés selon une des procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur avise, dès qu'il a fait son choix sur les candidatures ou sur les offres, tous les autres candidats du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres, en indiquant les motifs de ce rejet (...) » ; qu'aux termes de l'article 83 du même code : « Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre a été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre » ; qu'il résulte de l'instruction que l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE a communiqué à la société Sitex, par deux courriers des 10 et

23 décembre 2009, les motifs de rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ; qu'ainsi la société Sitex n'est pas fondée à soutenir que l'office a méconnu les dispositions des articles 80 et 83 du code des marchés publics, lesquelles n'impliquent pas, en tout état de cause, la communication des divers documents demandés par ailleurs par la société Sitex ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande présentée par la société Sitex devant le juge des référés doit être rejetée ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande la société Sitex au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE au titre des mêmes dispositions et de mettre la somme de 5 000 euros à la charge de la société Sitex pour l'ensemble de la procédure ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 28 décembre 2009 du juge des référés du tribunal administratif de Marseille est annulée.

Article 2 : La demande de la société Sitex et ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société Sitex versera à l'OPAC HABITAT MARSEILLE PROVENCE une somme de 5 000 euros en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'OFFICE PUBLIC D'AMENAGEMENT ET DE CONSTRUCTION HABITAT MARSEILLE PROVENCE, à la société Sitex et au groupement d'entreprises STPS, Lopez Francis et Spanu Frères.